

ESTADO E DIREITO CONSUETUDINÁRIO
OS PROBLEMAS JUSFILOSÓFICOS DO PLURALISMO
JURÍDICO E DAS FONTES DO DIREITO

LUÍS DOMINGOS FRANCISCO E KANDJIMBO DE KANDINGI

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM FILOSOFIA GERAL

Agosto 2014

Dissertação apresentada para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Filosofia Geral realizada sob a orientação científica do Professor
Doutor Diogo Pires Aurélio

À memória de meus pais

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Doutor Diogo Pires Aurélio pela disponibilidade manifestada desde o primeiro momento.

Agradeço a atenção e o apoio silencioso que em todas as horas recebi da Adelina e do Samori.

ESTADO E DIREITO CONSUETUDINÁRIO
OS PROBLEMAS JUSFILOSÓFICOS DO PLURALISMO JURÍDICO E DAS
FONTES DO DIREITO

Dissertação de Mestrado em Filosofia Geral

Luís Domingos Francisco e Kandjimbo de Kandingi

RESUMO

Com a presente dissertação pretende-se elaborar uma síntese do que se entende hoje por pluralismo jurídico, suas categorizações e reconhecimento nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, visando a determinação do lugar que o costume jurídico ocupa. O principal objetivo consiste em desenvolver uma reflexão filosófica sobre a relação dialética entre o Estado e o Direito nas suas manifestações pluralísticas. O método de tematização das matérias assenta numa incessante identificação de problemas que o Direito Consuetudinário suscita, ancorando-se em última análise ao relativismo epistemológico e suas alternativas enquanto princípio aplicado à investigação de conteúdos filosóficos. Com efeito, o tema central da presente dissertação cai no domínio da Filosofia do Direito e funda-se no pressuposto de que a prática filosófica explora problemas e experiências revelados pela tradição em que se realiza. Por isso, o desafio reside na necessidade de explicar a razão por que a modernidade ocidental revela os indícios da sua própria crise, sendo esta suscetível de ser analisada a partir da inadequação do modelo de Estado-nação e dos ordenamentos jurídicos a que dá lugar em determinados contextos históricos. A dimensão empírica da demonstração constrói-se em torno de proposições e premissas que sustentam a descrição dos ordenamentos jurídicos procurando abordar as suas singularidades através de um repertório de casos com a finalidade de identificar os princípios e as normas constitucionais que tematizam essas matérias, avaliando o grau de pertinência das soluções e das respostas perante as questões formuladas.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito, Estado, soberania, direito consuetudinário, costume jurídico, fonte do direito, ordenamento jurídico, pluralismo jurídico.

ABSTRACT

The aim of this thesis is to develop an overview of what legal pluralism means today, its categorization and recognition in contemporary legal systems, thus determining the place that holds the customary law. The main goal is to develop a philosophical reflection on the dialectical relationship between the State and the Law in its pluralistic manifestations. The method is based on a thematization of subjects identifying problems that customary law raises anchoring it ultimately on the epistemological relativism and its alternatives as a principle applied to the investigation of philosophical content. Indeed, the central theme of this dissertation falls into the field of philosophy of law and is founded on the assumption that the philosophical practice explores issues and experiences revealed by the tradition in which it is held. Therefore, the challenge lies in the need to explain why Western modernity reveals traces of its own crisis, which is likely to be analyzed from the inadequacy of the nation-state model and legal systems that give rise to certain historical contexts. The empirical dimension of demonstration is built around propositions and assumptions that underlie the description of legal systems seeking to address the singularities through a repertoire of cases in order to identify the principles and constitutional rules that address such materials, evaluating the degree of relevance of the solutions and responses to the questions asked.

KEYWORDS: Philosophy of law, State, sovereignty, customary law, source of law, legal system, legal pluralism.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
I Capítulo - SOBERANIA DO ESTADO E MONOPÓLIO DA PRODUÇÃO DO DIREITO	5
I.1. Estado e soberania	6
I.2. A crise do Estado-nação e as teorias comunitaristas.....	13
I.3 Exclusividade da produção do direito e outras experiências jurídicas.....	18
I.4.O ordenamento jurídico e os problemas das fontes do direito.....	20
I.5. A pirâmide juspositivista e as normas consuetudinárias.....	23
 II Capítulo - O COSTUME NA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO	25
II.1. Conceito de fonte do direito.....	26
II.2. O costume como fonte do direito.....	28
II.3. O fundamento do costume jurídico como problema jusfilosófico.....	31
 III Capítulo - DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA CONSUETUDINÁRIA AO PLURALISMO JURÍDICO	37
III.1. Multiculturalismo e fundamentos de uma epistemologia do direito.....	38
III.2. O pluralismo jurídico e a experiência jurídica consuetudinária	42
III.3. Reconhecimento e constitucionalização do Direito Consuetudinário.....	45
III.4. Costume jurídico, tradição e oralidade	49
III.5. O problema da interpretação do costume jurídico.....	53
 CONCLUSÃO	58
 BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUÇÃO

O interesse suscitado pelos problemas jusfilosóficos que constituem os eixos desta dissertação emerge dos debates teóricos sobre as fontes do direito, a perda do monopólio do Estado em matéria de produção do direito válido e o reconhecimento do Direito Consuetudinário, no quadro dos ordenamentos jurídicos estaduais a que se pretende atribuir unidade, coerência e completude. Tais problemas são observáveis em situações concretas decorrentes da consagração do pluralismo jurídico de que a dignidade constitucional atribuída ao Direito Consuetudinário será a mais expressiva ilustração. A este respeito entendemos que a constitucionalização do pluralismo jurídico levanta algumas questões que, sendo relevantes do ponto de vista da Filosofia Política e da Filosofia do Direito, podem formar um elenco de hipóteses de trabalho:

- Poderá dizer-se que o Estado perde o monopólio da produção do direito ao consagrar constitucionalmente o pluralismo jurídico, através do reconhecimento do Direito Consuetudinário e das Autoridades Comunitárias que o produzem e aplicam de acordo com a tradição?
- Manter-se-á incólume a teoria da soberania do Estado perante o reconhecimento do pluralismo jurídico?
- Será a perspectiva juspositivista suficientemente coerente para explicar situações decorrentes do pluralismo jurídico institucionalizado?
- Entre o Direito Estadual e Direito Consuetudinário estabelece-se uma relação de coexistência e equidade ou será o ordenamento jurídico consuetudinário subalterno?
- Poderá a ausência de equidade entre o Direito Estadual e o Direito Consuetudinário representar uma situação de injustiça?
- Serão as normas de reconhecimento do Direito Consuetudinário justas, válidas e eficazes?

Julgamos completar as nossas hipóteses e perguntas com a formulação de uma última questão através da qual seja possível discutir a realização do direito e as competências dos operadores da função jurisdicional do Estado perante os desafios que o Direito Consuetudinário coloca:

- A aplicação do Direito Consuetudinário supõe que os juízes sejam detentores de um sólido conhecimento das línguas e da ordem jurídico-consuetudinária ou bastará a formação obtida nas Faculdades de Direito onde não são ministradas matérias relevantes?

Todas essas questões mergulham nas profundezas dos fundamentos valorativos das normas jurídicas que constituem a ossatura dos ordenamentos jurídicos de Estados contemporâneos e, por conseguinte, configuram tipos de problemas jusfilosóficos. De acordo com Norberto Bobbio, estamos perante problemas deontológicos, ontológicos e fenomenológicos. O problema deontológico resulta da necessidade de dar respostas concernentes à correspondência das normas aos valores que sustentam um determinado ordenamento jurídico, ou seja, a correspondência entre o real e o ideal. O problema ontológico remete para o exame da definição do que pode ser entendido como direito nesse contexto. Já o problema fenomenológico requer a avaliação das manifestações e comportamentos coletivos relativamente à observância das normas jurídicas (Bobbio, 2012:48). Portanto, trata-se de problemas que devem ser estudados em sede de três domínios da Filosofia, nomeadamente, a Filosofia Política, a Filosofia do Direito e a Filosofia Moral. Do ponto de vista metodológico privilegiaremos abordagens que tipificam os dois primeiros.

Na história da Filosofia Política e da Filosofia do Direito, tais questões mobilizaram várias gerações de filósofos que constituem comunidades disciplinares no mundo ocidental e em países de África, Ásia e América Latina. Durante o século XX, a demanda de respostas desenvolveu-se no quadro de três doutrinas: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o realismo jurídico. Sem pretensões de adotar perspetivas que se inscrevam em qualquer uma delas, julgamos pertinente considerar que semelhante reflexão pode contribuir para a compreensão do sentido e fins do direito a partir de um diagnóstico que situe a historicidade do homem no centro das interrogações, tendo em conta as «coordenadas sociológicas, axiológicas, crítico-culturais, funcionais e antropológicas» (Neves, 2010:75). No decurso da centúria passada, as realidades vividas

por vastos setores das comunidades populacionais, bem assim como a especificidade e as dinâmicas das suas relações sociais, perante a obrigatoriedade vinculativa das normas emanadas das instâncias do Estado, legitimaram indagações e respostas filosóficas que encontravam fundamento na normatividade do Direito Consuetudinário. Tal circunstância colidia com a fortuna doutrinária do positivismo jurídico que dominou o pensamento jurídico, a investigação e o ensino do direito. Nestes termos, justifica-se que a problematização do Estado e do Direito seja uma oportunidade, no contexto da presente dissertação, para abordar temas atinentes à natureza epistemológica da soberania do Estado, à conceptualização do Direito, às teorias dos ordenamentos jurídicos e das normas jurídicas.

O principal objetivo da presente dissertação consiste em desenvolver uma reflexão filosófica sobre a relação dialética entre o Estado e o Direito nas suas manifestações pluralísticas. Deste modo, o desafio reside na necessidade de explicar a razão por que a modernidade ocidental revela os indícios da sua própria crise, sendo esta suscetível de ser analisada a partir da inadequação do modelo de Estado-nação e dos ordenamentos jurídicos a que dá lugar em determinados contextos históricos. Tal fenomenologia ocorre especialmente naquelas regiões do mundo onde o referido modelo, apesar da sua vocação monista, uniformizadora e dos mimetismos institucionais locais, vem pôr em causa os fundamentos epistemológicos de uma teoria geral do Estado e o princípio juspositivista da universalidade da lei e da norma jurídica.

A exploração dos problemas jusfilosóficos enunciados requer uma revisão crítica da bibliografia existente que, não podendo ser exaustiva, permita dar conta dos contributos de maior relevância. De modo seletivo, constituiremos uma grelha interdisciplinar de leitura com autores e obras que assegurem o aprofundamento do debate no âmbito de eixos disciplinares subsidiários da Filosofia Política e da Filosofia do Direito, tais como a Teoria Geral do Estado, a Teoria das Fontes do Direito, a Teoria do Pluralismo Jurídico e a Antropologia Jurídica. Nesta medida, submeteremos a exame crítico algumas obras previamente escolhidas, passando em revista as tendências dominantes do pensamento jusfilosófico da segunda metade do século XX. Para o efeito as obras de Taslim Olawale Elias e Norberto Bobbio constituem bases importantes para a discussão dos temas propostos. O primeiro autor que é jusfilósofo nigeriano publicou na década de 50 do século XX a primeira obra escrita por um africano sobre esta problemática. O segundo autor é um filósofo italiano que publicou uma das poucas obras consagradas exclusivamente ao estudo do costume como fato normativo.

A dissertação estrutura-se em três capítulos, subdividindo-se estes por secções.

No primeiro capítulo, apresentaremos um breve mapa histórico, teórico e filosófico dos problemas respeitantes à soberania do Estado enquanto potência para a produção do direito.

No segundo capítulo abordaremos a problemática do lugar do costume na teoria geral das fontes do direito, partindo da necessidade de determinar o fundamento jurídico da norma consuetudinária.

No terceiro capítulo, examinaremos as manifestações da coexistência do direito produzido pelo Estado e a ordem normativa das instituições não estaduais, numa dialética que associa as matrizes de origem ocidental e o Direito Consuetudinário em experiências jurídicas vividas no contexto africano.

Portanto, o tema central da presente dissertação inscreve-se no domínio da Filosofia do Direito e funda-se no pressuposto de que a prática filosófica explora problemas e experiências revelados pela tradição em que se realiza. Desta modo, o método de tematização das matérias assenta numa incessante identificação de problemas, está, em última análise, ancorado ao relativismo epistemológico e suas alternativas enquanto princípio aplicado à investigação de conteúdos filosóficos. Por isso, a perspectiva que impregna a estrutura argumentativa opera igualmente com os subsídios da História da Filosofia do Direito, esse negligenciado ramo da filosofia, embora se saiba que na tradição ocidental, o estudo do Direito Consuetudinário cuja precursores remontam a época dos pré-socráticos não voltou a atrair tanto a atenção dos filósofos¹, excetuando o período em que no século XIX a Escola Histórica do Direito elegeu o costume como fenómeno jurídico merecedor de estudo. Todavia, tal como no século XX, persiste a necessidade de desenvolver uma perspectiva histórico-filosófica que, perante as posições que opõem a filosofia do direito dos filósofos à filosofia do direito dos juristas, justifique a possibilidade de transposição dos limites consagrados pelos critérios jusnaturalistas e juspositivistas.

¹ Com razão James Bernard Murphy observa: « But perhaps the most fundamental reason for the neglect of custom among philosophers is the sense that custom is, fundamentally, congealed irrationality. But, as Gadamer argued against Habermas, these philosophers ignore the ways in which reason itself rests upon customs of rational inquiry. Reason has a history; reason is a tradition. Ver James Bernard Murphy. (2014). *The Philosophy of Customary Law*, Oxford: Oxford University Press, p.ix-xx.

I Capítulo

SOBERANIA DO ESTADO E MONOPÓLIO DA PRODUÇÃO DO DIREITO

I.1. Estado e soberania

O exame dos problemas atinentes ao Estado soberano e ao seu monopólio da produção do direito sugere uma perspetiva histórica das orientações teóricas que fundaram o princípio da soberania e que se tornaram dominantes na Europa, durante um largo período de tempo. Tal reflexão deverá remontar ao século XV, quando se começa a esboçar o surgimento da ideia de soberania a que não correspondia ainda um conceito. A noção de soberania tem na época medieval europeia uma existência indiscutível, pois já a partir da sua emergência no século XIII, exprime uma ideia de superlativo. Trata-se de uma unidade lexemática que incorpora múltiplas conotações sintáticas e semânticas, a um tempo substantivo e adjetivo. Designa um poder acima do qual não existe entidade superior. *Auctoritas* e *potestas* eram outros lexemas preferidos do vocabulário medieval para referir os elementos constitutivos da soberania, respetivamente, a autoridade suprema de Deus que se analisa na transcendência das leis e o poder público que é expressão da força subordinando-se a lei civil à lei divina. O conjunto de poderes dos monarcas é emanação da ordem teocrática medieval que até à Revolução Francesa estruturava uma sociedade que se dividia em três classes: o clero, a nobreza e o povo.

Ao analisarmos a história do conceito de soberania verifica-se que a sua construção decorre após o advento da modernidade e obedece a duas orientações, uma política e outra filosófica. A rutura epistemológica que configura a orientação política tem lugar a partir de 1532 com a publicação de *Il Principe*, obra de Maquiavel (1469-1527). Com ela são lançadas as bases de um conhecimento técnico sobre o exercício do poder fundado na cisão entre o profano e o sagrado, isto é, a realidade política, de um lado, e os problemas teológicos e éticos, de outro lado. Desencadeia-se o processo de autonomização da política conferindo à «razão de Estado»² estatuto que permite anular as potenciais aporias entre meios e fins ou a moral e a política. Portanto, a leitura de *Il Principe* permite concluir que Maquiavel nunca poderia ter pretendido produzir uma teorização original sobre os fundamentos e os critérios da soberania fora do estrito respeito dos interesses que comandam a governação do «príncipe». Mas a ideia seminal pode ser extraída de uma

² A expressão foi introduzida por Giovanni Botero (1544 – 1617) em livro publicado em 1589, na sua primeira edição. Trata-se de uma formulação que permite avaliar as relações de intertextualidade estabelecidas no século XVI com a obra de Maquiavel. Os contra-argumentos de Botero transmitem uma forte inspiração ética e religiosa. Na sua dedicatória ao Arcebispo e Príncipe de Salsburgo, resume as suas motivações: «Ma quel che mi moveva non tanto a meraviglia, quanto a sdegno, si era il vedere che cosí barbara maniera di governo fosse accreditata in modo che si contraponesse sfacciatamente alla legge di Dio, sino a dire che alcune cose sone lecite per ragione di Stato, altre per coscienza». Cf. Giovanni Botero. (2009). *La Ragion Di Stato*, Roma: Donzelli Editore.

proposição do capítulo XV. Donde o uso do poder deve ser exercido «consoante a necessidade» (Maquiavel: 2012:186) que as circunstâncias impõem.

A guinada jusfilosófica da modernidade política com a qual emerge o novo conceito de soberania não colhe unanimidade entre especialistas da Filosofia do Direito e da Filosofia Política. As divergências abundam relativamente ao seu momento genético. Alguns autores afastam qualquer possibilidade de ser atribuído tais méritos a Maquiavel ou a Jean Bodin. Outros afirmam categoricamente que a primeira teorização sobre o Estado e a invenção da noção de soberania cabe ao jurista francês. Quando Jean Bodin (1530-1596) publica *Les Six Livres de la République* em 1576 assistia-se já ao desaparecimento progressivo do chamado constitucionalismo medieval. E sobre as ruínas do legado de Maquiavel ergue-se o princípio da soberania associado à noção de Estado. Deixando-se apreender como um fenómeno histórico e uma das mais importantes invenções conceituais, o Estado moderno constitui o divisor cronológico das transformações ocorridas na sociedade feudal e teocrática europeia. Do ponto de vista terminológico, «Estado» é uma palavra difundida com a leitura do *Príncipe* de Maquiavel cujo texto do primeiro capítulo tem o seguinte *incipit*: «Todos os estados, todos os domínios, que tiveram e têm impérios sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados» (Maquiavel, 2012:113). Mas a fixação do seu sentido era já observável em expressões latinas antigas, tais como *status rei publicae*. Com efeito, o debate que a noção de Estado pode suscitar neste plano não se esgota em abordagens de ordem lexicológica. O que se indaga vincula-se ao problema da origem do Estado, ou seja, à questão de saber se o Estado sempre existiu ou se a sua existência pode ser datada. Por conseguinte, a «escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade» (Bobbio, 1986:69). Paralelamente colocam-se problemas sobre os processos da formação do Estado e os modos da sua justificação, bem como o de «saber se e como o Estado pode, no fundo, ser concebido como unidade com capacidade jurídica de ação, isto é, segundo o uso linguístico tradicional, como pessoa jurídica» (Zippelius, 1997:119). Das teorias da justificação do Estado e da sua organização não nos ocuparemos aqui, embora reconheçamos a sua importância para a compreensão das matérias tratadas, especialmente aquelas que dizem respeito ao paradigma comunitário e sua ascensão na Filosofia Política contemporânea durante a década de 80 do século XX quando o comunitarismo adquire o estatuto de uma sólida corrente de pensamento.

Do ponto de vista jurídico, a obra de Bodin torna clara a ideia segundo a qual a soberania é um poder supremo de jurisdição do Estado exercido sobre determinado

território e as pessoas que o habitam. Deste modo Jean Bodin pode ser identificado como pioneiro de uma abordagem racional do direito, formulando o princípio da unidade do poder e da unidade da potência pública. Todavia, é Thomas Hobbes (1588-1679) que fornece os fundamentos filosóficos do conceito de soberania. Com o seu livro *De Cive. The Philosophical Rudiments Concerning Government and Society*, publicado em 1642, a que se segue o *Leviathan* publicado em 1651. Edifica assim a sua filosofia política ou filosofia do Estado como o subtítulo do primeiro livro deixa perceber. Eleva-se o nível da elaboração conceitual sobre o Estado e o princípio da soberania, adquirindo este uma robustez inédita. É do povo que emana a legitimidade institucional das realidades subjacentes a estes dois fenómenos políticos, concretizando-se num processo de transferência dos direitos de soberania³. Em *Leviathan*, Hobbes retoma as reflexões expendidas em *De Cive*. Já o Estado era definido como «uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum» (Hobbes, 2002:146). Para Hobbes, «àquele que é portador dessa pessoa chama-se soberano e dele se diz que possui poder soberano» (*Id.*).

No século XVIII Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) supera aquilo que se supõe serem as limitações do pensamento de Bodin e Hobbes. No seu *Contrato Social* reformula o princípio da soberania fundando-a na vontade geral do povo. Para Rousseau a soberania é um exercício efetivo dessa vontade⁴.

O contexto da Revolução Francesa e da filosofia iluminista vem gerar novos pensamentos que traduzem uma mudança semântica radical do princípio da soberania do ponto de vista das suas propriedades. Nos primeiros dias de 1789, Emmanuel-Joseph

³ Ver Thomas Hobbes. (2002). *Do Cidadão*, tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro, São Paulo, Martins Fontes. Neste sentido Hobbes escrevia «Devemos portanto entender que os cidadãos individuais transferiram plenamente o seu direito de guerra e paz a algum homem ou conselho, e que este direito – ao qual podemos chamar gládio da guerra – pertence ao mesmo homem ou conselho a quem pertence o gládio da justiça. Pois ninguém tem direito a obrigar os cidadãos a tomar em armas, e a custear as despesas da guerra, se não tiver o direito de punir quem não lhe obedeça. Ambos os gládios, portanto, tanto este da guerra como o da justiça, já pela constituição mesma da cidade pertencem, essencialmente, ao chefe supremo» (Capítulo VI,7,p.105).

⁴ Ver Jean-Jacques Rousseau. (2012). *O Contrato Social*, tradução de Manuel João Pires, Lisboa: Círculo de Leitores/Temas e Debates. Entre outras afirmações sublinhamos as seguintes: «Quero portanto dizer que, não sendo a soberania outra coisa senão o exercício da vontade geral, ela nunca pode ser alienada, e que o poder soberano, que é uma pessoa coletiva, não pode ser representado senão por ele próprio. O poder é suscetível de se transmitir, mas não a vontade» (Livro I, cap. I, p.32) (grifo nosso). [...] «A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: é a própria ou é outra; não existe meio-termo» (Livro III, cap.XV, p.97).

Sieyès (1748-1836) publica um libelo através do qual reivindica a atribuição de um lugar determinante ao «terceiro estado», devendo ser este o núcleo constitutivo da nação, quando a 17 de junho desse ano é formada a Assembleia Nacional em Paris. O esteio da soberania já não é a vontade geral do povo, a soberania popular de Rousseau. Passa a ser a nação⁵. Introduce-se uma perspetiva que consagra a soberania nacional. Todavia, o que a oposição entre a soberania popular e a soberania nacional configura faz apelo à determinação do fundamento de cada uma delas. Ao contrário do que é proposto por Rousseau, relativamente à impossibilidade da alienação da soberania, Sieyès formula teorias que constituirão um dos traços mais fortes da tradição constitucional francesa. O sujeito supremo do poder constituinte é a nação, sendo ela o centro da teoria da representação. Com o advento das repúblicas e das nações, o princípio da soberania tem a sua característica fundamental no monopólio da produção do direito positivo detido pelo Estado. Neste medida vão sendo construídos os pressupostos que dão lugar às doutrinas do positivismo jurídico de que o dogma da onipotência do legislador é a sua melhor expressão. O jusnaturalismo perdera já a sua proeminência. Só o direito positivo ou vigente é realmente direito. Ao mesmo tempo, revelam-se doutrinas anti-positivistas, como veremos em seguida. Para os propósitos da presente dissertação importa ilustrar o modo como ocorre a evolução das doutrinas que sustentam e atacam esse dogma. Interpela-se assim a história do pensamento jurídico ocidental que regista o jusracionalismo como projeto doutrinário inaugural da modernidade com as suas características marcantes: o estadualismo, o legalismo e a codificação. Até ao século XX, a historiografia do direito ocidental é dominada por «escolas clássicas»: Escola da Exegese, Escola História do Direito, Jurisprudência dos Conceitos ou Pandectística, Movimento do Direito Livre, Jurisprudência dos Interesses. A nossa atenção concentrar-se-á em duas das referidas correntes do pensamento jurídico europeu, designadamente, a Escola da Exegese e a Escola Histórica do Direito. Elas representam paradigmas e critérios diferentes para determinar o sentido do princípio da soberania do Estado perante a produção do direito e suas fontes. Por outras palavras, elas representam o movimento

⁵ Cf. Emmanuel Sieyès. (2009). *O que é o Terceiro Estado?*, tradução de Teresa Meneses, Lisboa: Círculo de Leitores/Temas e Debates. A este propósito, escreve Sieyès: «A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. A sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma ideia exata da série de leis positivas que só podem emanar da sua vontade, encontramos, em primeira linha, as leis constitucionais, que se dividem em duas partes: uma regula a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos» (Cap. V, p.139).

dialético das doutrinas positivistas e anti-positivistas no âmbito do qual são tematizados problemas jusfilosóficos de vulto entre os quais isolamos o problema da validade do direito, o problema das fontes do direito, as teorias da norma jurídica e as teorias do ordenamento jurídico.

A Escola da Exegese desenvolve-se no dealbar do século XIX em França e suporta o legalismo pós-revolucionário cujo centro de gravidade são as leis produzidas por órgãos representativos com competência legislativa de acordo com o princípio da separação de poderes. Podem ser identificados três postulados desta escola: a expressão do direito reside na lei; o jurídico tem a sua medida e critério na lei; a codificação é o culminar da plenitude lógica da lei. Deles emanam conexões com determinados pressupostos de cariz filosófico, político e cultural, isto é, o jusnaturalismo, o legalismo e a codificação. A designação desta corrente do pensamento jurídico deve-se às preocupações de ordem científica dos autores do Código de Napoleão e à técnica adotada para a sua elaboração. Os seus defensores fazem a apologia de uma conceção que atribui ao Estado a produção exclusiva do que pode ser considerado direito. Em França, as Faculdades de Direito transformam-se em escolas centrais do regime napoleónico e são submetidas a um controle, garantindo-se um ensino expurgado de teorias gerais jusnaturalistas, além do privilégio conferido a uma hermenêutica jurídica fundada na intenção e vontade do legislador. A Escola da Exegese exerce a sua influência durante todo o século XIX, de 1804 (data da entrada em vigor do Código de Napoleão) a 1880. Entre os seus mais importantes expoentes destacam-se eminentes juristas e professores de direito de universidades francesas: Alexandre Duranton, Charles Aubry, Frédéric Rau, Jean Demolombe e Raymond-Théodore Troplong.

Sob o impulso do movimento romântico surge na Alemanha a Escola Histórica do Direito, que no plano doutrinário gravita em torno cinco ideias centrais: individualidade e variedade do homem; dimensão irracional das forças históricas; pessimismo antropológico; glorificação do passado; valor e sentido da tradição. Destes isolamos duas características principais: o princípio do indivíduo e da diversidade humana segundo o qual o direito é produto da história e o princípio da tradição. Ambos permitem valorizar o Direito Consuetudinário enquanto expressão do *Volksgeist* (o espírito do povo). Pode-se aí divisar os postulados com que opera a crítica ao jusnaturalismo e à codificação. Entre os mais destacados juristas da Escola Histórica, encontram-se Friederich Carl von

Savigny (1779-1861), a sua figura tutelar, Gustav Hugo (1764-1844) e Georg F. Puchta⁶ (1798-1846).

As críticas de Savigny contra o jusracionalismo, o legalismo e o movimento codificador, entroncam em contradições quando se procede à análise da sua metodologia de interpretação, seu conceito de direito e de ciência do direito ou da legislação. A contradição fundamental consiste em saber se a vontade do soberano seria a fonte de direito ou se a racionalidade científica poderia ocupar o lugar da vontade do soberano veiculando as leis produzidas. Savigny que pugnava por um direito científico viria a abandonar a dimensão histórica, dando primazia à necessidade da construção científica do sistema. Para Bobbio, o «direito científico alemão, que na primeira metade do século XIX deu origem à doutrina pandectista, atingiu seu clímax próximo da metade desse século, dando lugar àquela que foi denominada *Begriffsjurisprudenz*, jurisprudência dos conceitos» (2006:122). Essa capitulação da Escola Histórica do Direito cede lugar ao triunfo do legalismo e da codificação. Isso mesmo é comprovado pelas posições tomadas na polémica que Anton Friederich Justus Thibaut (1772-1840) travou com Friederich Carl von Savigny⁷. O movimento codificador conquista a simpatia de largos setores do pensamento jurídico europeu a partir dos fins do século XVIII. A codificação consiste em liquidar a proliferação de costumes locais e reduzir à unidade todas as normas vigentes em determinado momento da história de um Estado, através da publicação de códigos de um ramo ou vários ramos do direito. Com ressonância das doutrinas do positivismo jurídico traduz-se como uma aversão à diversidade e multiplicidade dispersiva das fontes do direito, procurando a unificação legislativa de acordo com critérios de ordenação sistemática. À codificação subjazem de facto as teses do juspositivismo, na medida em que o ordenamento jurídico caracterizado pela unidade proporcionada pelos códigos é

⁶ Ver texto de Georg F. Puchta «Encyclopédie», in Olivier Juanjan (org.). (2004), *L'esprit de l'École Historique du Droit*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, pp.33-74. Este texto de Puchta corresponde a uma secção do seu *Cursus der Institutionem* publicado em 1845.

⁷ Ver Friederich Carl Von Savigny (2006). *De la Vocation de Notre Temps pour la Législation et la Science du Droit*, Paris: Presses Universitaires de France; Norberto Bobbio. (2006). *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*, tradução Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone editora; e António M. Hespanha (2012). *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Coimbra: Almedina. As principais peças do debate são as seguintes: A.E. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland* (Sobre a necessidade de um código civil geral para a Alemanha), 1814; e F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e ciência do direito), 1814.

garantia de certeza e segurança, além de esgotar a ideia do direito nas normas contidas nos códigos. Na verdade, se há vantagens trazidas pela codificação, há igualmente vulnerabilidades que se refletem basicamente nos flancos em que se abatem algumas das críticas que são dirigidas ao juspositivismo.

Ora, o elenco das doutrinas com cidadania historiográfica permite concluir que no ocaso do século XIX, além do monopólio da produção do direito positivo detido pelo Estado, o princípio da soberania tem uma outra característica que diz respeito à diversidade das fontes através das quais se manifesta o direito. Deste ponto de vista, a transição do século XIX para o século XX sofre os efeitos produzidos pelas controvérsias e teses das correntes legalistas e antilegalistas. Na ressaca da Primeira Guerra Mundial, a soberania nacional dos Estados coexistia com o novo princípio da autodeterminação dos povos enunciado por um apologista da visão legalista, o presidente dos Estados Unidos da América Woodrow Wilson, no discurso proferido a 4 de julho de 1918. As potências europeias que até aí obedeciam à lógica da *Realpolitik* eram deste modo surpreendidas por impulso de mudança dos quatorze pontos de Wilson. O ponto quinto traduz bem a atmosfera da época:

Conciliação livre, num espírito amplo e absolutamente imparcial, de *todas as reivindicações coloniais*, baseada no respeito estrito do princípio de que, *regulando todas as questões de soberania*, os *interesses das populações respectivas* deverão ter o mesmo peso que as *pretensões equitativas do Governo cujo título esteja em causa* (itálico nosso) (Ribeiro e Saldanha, 2003:17).

Admite-se aqui a legitimidade de os povos colonizados lutarem pela sua autonomia. A soberania nacional que define as fronteiras do Estado-nação pode ser o fundamento da sua desintegração, derivando daí novas unidades políticas. Esta formulação representa o antepassado direto do princípio da autodeterminação dos povos plasmado na Carta do Atlântico de 1941 e na Carta da Organização das Nações Unidas de 1945. A nova configuração do mapa geopolítico da Europa, após a Segunda Guerra Mundial, sustenta o sentido de tal princípio. Durante as décadas seguintes desencadeia-se um dos debates mais interessantes em torno do conceito de soberania opondo Hans Kelsen (1881-1973) e Carl Schmitt (1888-1985). Para Kelsen, o Estado é uma ordem jurídica de que a soberania constitui uma qualidade essencial. Na soberania reside a autoridade suprema donde emana o fundamento último da validade das normas e

comandos que um representante do Estado pode emitir « [...] e que os outros são obrigados a obedecer» (Kelsen, 2005:545). Kelsen admite que o Estado é soberano apenas quando está dotado de uma constituição histórica, pressuposto da produção do direito (Kelsen, 2008:365). A constituição histórica será a «norma fundamental» (*Grundnorm*) de uma determinada ordem jurídica, pois a sua função consiste em «conferir poder criador de direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato» (Kelsen, 2005: 169-170).

Por sua vez Carl Schmitt, entende que «soberano é aquele que decide em situação excepcional», operando com uma noção de soberania tributária da Teoria do Estado, consequentemente sendo apropriada para uma definição jurídica de soberania (Schmitt, 1988:16). O caso de exceção corresponde a uma situação de extrema necessidade que, não se inscrevendo no quadro das previsões da ordem jurídica vigente, pressupõe uma «ameaça à existência do Estado». Segundo Schmitt, em situação de exceção o soberano age à margem do jurídico, apesar disso ele garante a manutenção da ordem através do monopólio da última decisão. Por essa razão, está em causa a determinação da essência da soberania do Estado que, afastando-se do monopólio da coerção e da dominação, assenta afinal no monopólio da decisão. Neste sentido, o problema fundamental da soberania deve ser diagnosticado na relação que se estabelece entre a «potência suprema factual» e a «potência suprema jurídica» (Schmitt, 1988:28). A este respeito, a identidade do Estado e da ordem jurídica proposta por Kelsen, configura a negação da soberania tal como a concebe Schmitt.

No século XX, o modelo de Estado-nação sofre os abalos que se registam em diversas partes do mundo com consequências observáveis nos campos da política e do direito. Por conseguinte, o conceito de soberania não apresenta já os contornos semânticos em que até aí se fundavam as controvérsias dos debates filosóficos.

I.2. A crise do Estado-nação e as teorias comunitaristas

O conceito de Estado-nação nos campos da Filosofia Política e da Filosofia do Direito, tributários dos subsídios oriundos da Antropologia, da Ciência Política e da Sociologia, apresentam variações que dependem de determinações e condicionalismos empíricos das sociedades a que se aplica. Com efeito, a erosão semântica da sua matriz europeia quer no plano interno quer no plano internacional tem início com a consagração do princípio da autodeterminação dos povos, após a proposta formulada pelo presidente dos Estados Unidos, no contexto que conduziria à criação da Organização das Nações

Unidas. Este é o momento de viragem para as conceções de soberania popular e soberania nacional⁸. A crise do Estado nacional que se repetiria em crises sucessivas até à queda do Muro de Berlim veio igualmente sacudir os fundamentos do pensamento político contemporâneo em diferentes países que por razões históricas herdaram o referido modelo. Nesta medida o Estado-nação em crise foi sendo problematizado no âmbito da ciência política ou da sociologia política. No campo da filosofia, o debate contemporâneo sobre este tema manifesta-se através das controvérsias que opõem comunitaristas a liberais. Em África, destacam-se alguns filósofos africanos, entre os quais D.A. Masolo (2010), Kwasi Wiredu (1980,1996) e Kwame Gyekye (1997), que se têm vindo a distinguir pela intervenção direta nesse debate, retomando a tematização africana do comunitarismo, à luz de uma Filosofia Política e de uma Filosofia Moral que incorporam subsídios dos sistemas africanos de pensamento. Para nós o interesse do debate que opõe comunitaristas a liberais reside no facto de ele permitir descortinar projeções atuais do pensamento político africano produzidos no contexto dos processos de descolonização e das independências que se seguiram à Segunda Guerra Mundial. Os líderes africanos, inspirados por ideologias e filosofias emergentes na Europa e na América, construíram um pensamento cultural e político que pretendia ser unitário através do qual advogavam a centralidade da comunidade enquanto sujeito coletivo. Pan-africanismo, Negritude e Socialismo Africano são algumas das designações atribuídas a tais doutrinas. Os seus paladinos mais proeminentes eram três líderes políticos e chefes de Estado, Kwame Nkrumah (1909-1972) do Ghana, Julius Nyerere (1922-1999) da Tanzânia e Leopold Sedar Senghor (1906-2001) do Senegal. Tais correntes de pensamento faziam a apologia da crítica à modernidade e às ideologias que lhes estão associadas, especialmente o liberalismo.

Ora, o referido debate com larga audiência académica, originariamente académico e norte-americano, teve início na década de 80 nos Estados Unidos da América e alcançou o seu apogeu nos anos 90 do século passado. Não sendo possível tratar nesta dissertação das tendências em que se analisam estas duas escolas do pensamento filosófico ocidental, o comunitarismo e o liberalismo, ficam apenas algumas alusões a cada uma delas e aos filósofos de maior notoriedade. Um dos mais eficazes catalisadores desse debate foi o livro de John Rawls (1921-2002) intitulado *A Theory of Justice*, publicado em 1971. Porfiando argumentos contra as teses de Rawls e as «teorias liberais da justiça ou a cultura

⁸ Ver Jürgen Habermas. (2000). *Après l'État-nation. Une Nouvelle Constellation Politique*, Paris: Fayard.

pública das sociedades liberais» (Kymlicka, 2002:208), os novos comunitaristas partem do pressuposto de que a comunidade precede a liberdade e a igualdade. Para Michael Sandel, discute-se sobre o que deve ter primazia na vida em sociedade: os valores da comunidade, a vontade da maioria ou a liberdade individual. Os oponentes são, de um lado, os defensores da preeminência dos valores das diferentes culturas e tradições dos direitos humanos universais e, de outro lado, os defensores dos direitos humanos universais (Sandel, 2005:10). As críticas que os novos comunitaristas dirigem aos liberais trazem ressonâncias de uma herança hegeliana. Como se sabe, Hegel criticava a perspectiva abstrata e individualista das teorias clássicas liberais de Locke e Kant.

Através de posições defendidas por insígnies nomes da filosofia política de que se destacam David Gauthier, John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Nozick, os liberais consideram o indivíduo como a figura central daquilo a que chamam «comunidade não-comunitarista». Assim, os indivíduos não têm necessidade de estabelecer qualquer vínculo de pertença a grupos de natureza religiosa, económica, sexual ou outra. Situando-se no plano normativo, John Rawls afirma que «um sujeito moral é alguém que possui objetivos por si escolhidos, e a sua preferência fundamental dirige-se para condições que lhe permitem construir um modo de vida que expresse a sua natureza enquanto ser racional livre e igual, de forma tão plena quanto as circunstâncias o permitam» (Rawls, 2001:423). Para Rawls os princípios da escolha racional asseguram a unidade da pessoa humana cuja manifestação pode ser observada na coerência de um projeto que esteja em conformidade com o sentido de justiça e do justo. É a soberania do indivíduo, da autonomia da sua vontade e primazia das suas preferências.

O comunitarismo anglo-americano pode ser analisado em duas perspetivas distintas – metodológica e normativa – defendidas por insígnies filósofos ocidentais do século XX, designadamente Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Michael Sandel, Charles Taylor. Do ponto de vista metodológico, os comunitaristas entendem que as premissas do individualismo são falsas, na medida em que o comportamento humano não pode prescindir das referências ao indivíduo nos seus contextos social, cultural e histórico. Na esfera normativa, os comunitaristas afirmam que as premissas do individualismo dão origem a consequências morais insatisfatórias, negligenciando setores importantes da vida que deveriam ser protegidos pelo Estado (Avineri e De-Shalit, 1992:2-3). Sem prejuízo dos argumentos de outros filósofos comunitaristas, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre merecem especial referência em virtude de terem construído argumentos consistentes em *Spheres of Justice* e *After Virtue*, livros publicados,

respectivamente, em 1983 e 1984. Para Walzer o ponto de partida é um conceito de justiça distributiva que valoriza o significado dos bens sociais e opera com o pressuposto segundo o qual deve ser reconhecida a preexistência de uma comunidade distributiva. O que se discute sobre estas matérias torna-se inteligível no quadro das comunidades históricas e políticas. Já MacIntyre sustenta que, do ponto de vista moral, qualquer indivíduo pertence a uma comunidade, clã, tribo, família ou nação. É delas que qualquer cidadão herda uma variedade de deveres, expectativas corretas e obrigações. Trata-se de uma tradição de práticas concretas transmitidas ao longo de gerações por via dos processos de socialização primários e secundários.

As teorias comunitaristas vêm confirmar a cisão entre o Estado e a nação, pois os seus limites não coincidem. Se para algumas correntes do pensamento jurídico os esteios da soberania ultrapassavam as fronteiras do Estado, as teorias comunitaristas concentram a atenção em unidades políticas infrastaduais, isto é, comunidades no âmbito das quais o poder é exercido por instituições e entidades representativas que em África são designadas por «autoridades tradicionais». Kwame Gyekye, que elabora uma teoria do «comunitarismo moderado», entende que as estruturas sociais africanas permitem determinar especificidades que têm como núcleo a noção de comunidade que nas suas múltiplas formas apresenta características sociais e normativas. Pode falar-se de uma tipologia dessas formas que compreende a etnia, a família extensa e nuclear, o clã, a linhagem, a aldeia. A este respeito, Gyekye escreve: «The notion of the community, then, is a notion of particular social settings and networks characterized by such social and normative features [...] These social settings and networks are different forms and shapes: thus, the family (both nuclear and extended), clan, village, tribe, city, neighborhood, nation-state – all these are kinds of community (Gyekye, 1997:43).

Para Kwame Gyekye o «comunitarismo moderado» pode ser assim descrito:

Moderate or restricted communitarism gives accommodation to communal values as well to values of individuality, to social commitments as well to responsibilities to oneself. In its basic thrust and concerns, it pays due, and adequate, regard to responsibilities to the community and its members and would, I think, consider the so-called supererogatory acts as belonging to the category of moral responsibilities, though not to the detriment of individual rights whose existence and value it recognizes, or should recognize, and for a good reason (Gyekye, 1997:76).

Longe de excluir os elementos da equação, defendendo a preeminência de qualquer um deles, o ecletismo do comunitarismo moderado proposto por Kwame Gyekye valoriza a dialética entre o indivíduo e a comunidade.

Com as suas instituições e entidades representativas as referidas unidades políticas infrastaduais produzem e aplicam o Direito Consuetudinário em partes do território onde exercem poder e jurisdição. A interpretação da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 28 de junho de 1981 conduz a tal conclusão⁹. Em semelhantes circunstâncias, Mwayila Tshiyembe considera necessário recorrer a uma conceção pragmática que admita a existência de uma «soberania partilhada» (Tshiyembe, 2001:125) porque ao Estado não é conferido qualquer monopólio da produção do direito podendo por isso ser reconhecido o pluralismo jurídico como uma especificidade dos direitos africanos em que avulta o exercício de uma função hermenêutica de que as instâncias estaduais não se podem apropriar. A este propósito Mwayila Tshiyembe defende:

Les règles juridiques issues des mythes et des coutumes peuvent nécessiter une interprétation pour mieux s'appliquer. C'est normalement le rôle des notables et des Anciens qui doivent, le plus souvent à l'occasion du règlement des conflits, rappeler les règles fondamentales ou les déduire des comportements observés (Tshiyembe, 2001: 135).

Nas comunidades africanas, a ação dos sujeitos responsáveis pela interpretação e aplicação do costume obedece a métodos cuja teleologia é a solução de conflitos, a manutenção da paz e justiça comunitárias. Por conseguinte, não se aliena tal função.

Transitando da Filosofia Política para a Filosofia do Direito percebe-se que o pluralismo jurídico africano faz apelo ao conceito de Direito enquanto instituição na

⁹ No nº 3 do artigo 17º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981, lê-se: «1. Toda a pessoa tem o direito à educação.

2. Toda a pessoa pode tomar livremente parte na vida cultural da Comunidade.

3. A promoção e a proteção da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela Comunidade constituem um dever do Estado no quadro da salvaguarda dos direitos do homem».

Já o artigo 61º formula uma teoria das fontes do direito em África, ao referir que a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos da União Africana «toma em consideração, como meios auxiliares de determinação das regras de direito, as outras convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados membros [...] as práticas africanas conformes às normas internacionais relativas aos direitos do homem e dos povos, *os costumes geralmente aceites como constituindo o direito*, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações africanas assim como a jurisprudência e a doutrina» (itálico nosso).

senda da teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano¹⁰. Mas, ao mesmo tempo, faz-se remissão a um pluralismo epistemológico que na filosofia contemporânea tem igualmente a designação de multiculturalismo que merecerá a nossa atenção no capítulo III desta dissertação.

I.3. Exclusividade da produção do direito e outras experiências jurídicas

Ao examinar as principais correntes do pensamento jurídico que na primeira metade do século XX tematizam a relação entre o Estado e produção do direito, Norberto Bobbio¹¹ aponta apenas duas concepções: o estadualismo e o legalismo. A primeira cultivada por especialistas do direito público. A segunda tem os seus defensores entre juristas que laboram no espaço do direito privado. Por estadualismo entende-se a concentração da produção exclusiva do direito na esfera do Estado, apenas o direito estadual é direito. Já o legalismo consiste em ser a lei o único meio de manifestação do direito, operando sob os auspícios da outra fórmula segundo a qual não existe outro direito que não seja direito legislativo. Isto é, para além do direito fundado na lei não existe outro direito produzido pelo Estado. Do ponto da primeira corrente, as consequências daí resultantes apontam para a indiferença perante um vasto conjunto de relações sociais situadas fora da jurisdição do Estado. Para a segunda corrente, fora do âmbito da lei não existem normas imperativas, apenas normas cuja qualificação jurídica depende do reconhecimento tácito ou expresso da lei. É o caso das normas do Direito Consuetudinário. Ora, o declínio do Estado como detentor do monopólio da produção do direito e da lei enquanto forma privilegiada de manifestação do direito conduziram à «legalização da experiência jurídica». O que permitiu o alargamento da jurisdição do Estado e da ação da lei. Para Bobbio, as críticas «anti-estadualistas» deram origem à teoria da pluralidade dos ordenamentos. E das críticas «anti-legalistas» emergiu a teoria da pluralidade das fontes. As duas teorias resultam da crise das fronteiras da lei e do Estado. A este propósito, Norberto Bobbio desenvolveu uma reflexão acerca das duas teorias

¹⁰ Cf. Santi Romano. (1917). *L'Ordinamento Giuridico. Studi sul Concetto, le Fonti e i Caratteri del Diritto*, Pisa: Tipografia Cav. Mariotti, pp.118-119. Preferindo o conceito de «instituição» ao de «comunidade orgânica», Santi Romano, escreve: «Da questo punto di vista, noi ci accostiamo alla dottrina, che há trovato il suo più strenuo difensore nel Gierke, ed há numerosissimi seguaci[...]. Da questa dottrina noi però ci allontaniamo in diversi punti. Anzi tutto, perché al concetto di comunità sostituiamo quello di istituzione, che è più largo e ci sembra più completo, oltre che più intrinsecamente giuridico. In secondo luogo, perché, mentre essa tiene fermo il principio comune che il diritto obbiettivo sai un complesso di norme, di regole o precetti, noi lo consideriamo non il prodotto dell'istituzione, ma come l'istituzione stessa».

¹¹ Cf. Norberto Bobbio. (2010). *La Consuetudine come Fatto Normativo*, Torino: G. Giappichelli, Editore. p.2

pluralistas de que resultaram dois livros seus consagrados à norma jurídica e ao ordenamento jurídico. Para uma melhor compreensão desta problemática, Bobbio convoca a noção de «experiência jurídica» enquanto universo das ações constitutivas do direito (Bobbio, 2010:10). No estado atual dos conhecimentos de problemas jusfilosóficos, podemos identificar três tipos de experiências jurídicas, nomeadamente, a consuetudinária, a legislativa e a jurisprudencial. Como veremos mais adiante, o nosso interesse incide sobre a experiência jurídica consuetudinária. O traço que a distingue de outras duas experiências reside na determinação do momento a partir do qual o costume adquire o estatuto jurídico. De um modo geral, o costume não é considerado fonte autónoma do direito. Sendo tratado como «fonte subordinada», depende do que for disposto pelo poder legislativo e, em determinados sistemas jurídicos, pelas decisões judiciais que atribuem tal reconhecimento. Esta possibilidade de reconhecimento jurídico do direito consuetudinário exterioriza o princípio da indivisibilidade da soberania, pois a legislação e as decisões dos tribunais constituem meios da potência pública. Já Bodin em *Les Six Livres de la République* afirmava que os atributos do soberano compreendem o poder de produzir leis para todos e para cada um em particular, bem como a interpretação das normas jurídicas e sua aplicação (Livro I, cap.X). Por outro lado, o conceito de soberania comporta o poder constituinte exercido no âmbito de um território, sendo o Estado a instância suprema que concentra a titularidade desse poder. Neste sentido, as normas jurídicas, que se caracterizam pela sua validade e eficácia, destinam-se a produzir efeitos visando a uniformização dos comportamentos e a homogeneização dos governados de acordo com o princípio da territorialidade. Portanto, o poder exclusivo do soberano que consiste em produzir o direito é aquele que se analisa na criação de um determinado ordenamento jurídico.

Ora, o problema da validade e da eficácia do direito assume particular interesse ao tratarmos da experiência jurídica consuetudinária. Perante a controvérsia acerca do processo que permite transformar uma norma consuetudinária em norma jurídica, Norberto Bobbio entende que tal problema não é insolúvel. A solução que propõe refuta a teoria tradicional sintetizando-se nos seguintes termos: uma norma consuetudinária torna-se jurídica quando integra um determinado ordenamento jurídico; não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, ao invés, existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não jurídicos (Bobbio, 2011:45). Esta é uma perspetiva holística de tratar o direito que mais se adequa aos desafios do nosso tempo.

I.4. O ordenamento jurídico e o problema das fontes do direito

Com a publicação do livro de Santi Romano *L'Ordenamento Giuridico. Studi sul Concetto, Le Fonti e i Caratteri del Diritto*, em 1917, dedicado exclusivamente à defesa da concepção do direito sob a inspiração terminológica alemã do *Rechtsordnung* e da teoria institucionalista do francês Maurice Hauriou (1856-1929)¹², registam-se reações doutrinárias contra o estadualismo monista e as teorias normativas, pois as fronteiras do direito estendem-se para lá do Estado, admitindo-se a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. Com efeito, caberá a Hans Kelsen a teorização do ordenamento jurídico sob os auspícios do juspositivismo tematizando as matérias enunciadas em algumas das suas obras, nomeadamente, *Teoria Pura do Direito* e *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Onde a unidade, a coerência e a completude constituem as três características fundamentais do ordenamento jurídico. As referidas teorias pluralistas dos ordenamentos jurídicos e das fontes do direito traduzem bem a complexidade hodierna de um problema jusfilosófico. De acordo com Bobbio, a teoria do pluralismo dos ordenamentos permite concluir que «l'esperienza giuridica no si esaurisce nella statualità, ma si estende a tutto il mondo sociale», a experiência jurídica não se esgota na estadualidade, ao invés estende-se ao mundo social. Já a teoria do pluralismo das fontes produz consequências no sentido de reconhecer que a experiência jurídica não se resume ao direito erigido em lei, multiplica-se através de outros factos eficazes para a produção de normas obrigatórias (Bobbio, 2010:10).

Para Bobbio trata-se de duas problemáticas que se iluminam reciprocamente, na medida em que a formação dos ordenamentos jurídicos estaduais registam processos de absorção de resíduos históricos dos ordenamentos pré-estaduais. Aí residem os fundamentos da estratificação histórica dos ordenamentos que justificam a multiplicidade das fontes. Por sua vez, a pluralidade de ordenamentos ganha relevo com a pluralidade das fontes. Na verdade, não podemos perder de vista a complexidade dos ordenamentos

¹²Santi Romano toma como referência *Principes du Droit Public*, o livro seminal de Maurice Hauriou publicado em 1916. A propósito do diálogo intertextual com Hauriou escreve: «Il merito principale del giurista francese è, secondo noi, quello di aver posto avanti l'idea di sussumere nel mondo giuridico il concetto di istituzione ampiamente inteso, di cui finora non avevano che tracce, anch'esse del resto lievi, nella terminologia, più che nella speculazione, politica e sociologica» (p.32). Cf. Santi Romano. (1917). *L'Ordenamento Giuridico. Studi sul Concetto, le Fonti e i Caratteri del Diritto*, Pisa: Tipografia Cav.Mariotti. Maurice Hauriou aprofunda a sua teoria em *Précis de Droit Constitutionnel* definindo a instituição: «Une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en une oeuvre sociale par un fondateur, idée qui, ensuite, recrute des adhérents en nombre indetermine dans le milieu social et assujéti ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées». Cf. Maurice Hauriou. (1923). *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris: Librairie de Société du Recueil Sirey,(p.76).

jurídicos, pois ela deriva da necessária quantidade de regras de conduta que a vida em sociedade requer, não podendo a sua satisfação ocorrer de modo isolado (2011:52). Bobbio aponta duas razões históricas fundamentais para explicar a formação dos ordenamentos jurídicos. A primeira é aquela que se analisa no fato de o novo ordenamento não prescindir das camadas normativas precedentes. A segunda pode ser compreendida a partir da autolimitação do poder soberano que permite falar em transferência de parte do poder originário de criar normas jurídicas.

Todavia, durante o século XX, a concepção dominante em matéria de fontes do direito encontrava o seu suporte teórico na chamada teoria tradicional das «fontes de direito» assente no paradigma estatuto-legalista já descrito. Castanheira Neves considera que numa «perspetiva político-constitucional» esta teoria ocupava-se de três questões. A primeira deu origem a posições que excluía o costume do conjunto das fontes do direito. As objeções são atribuídas à Escola Histórica do Direito que defendia a «teoria dualista» das fontes, reconhecendo o costume e a lei, aquela qualificada como fonte originária e autónoma. A segunda releva da dogmática jurídica e diz respeito à teoria da exclusividade da lei como fonte do direito, enquanto «lei em sentido material» e «lei em sentido formal». A terceira levanta o problema da hierarquia das fontes do direito que, operando com o critério do poder, permite distinguir níveis de uma estrutura estratificada. Este critério consiste em «definir o sistema supra-infra-ordenado das fontes prescritivas». Em primeiro lugar, a constituição e as leis constitucionais que emanam do poder constituinte. Em segundo lugar, as leis e outros diplomas legislativos. A metáfora da estratificação está subjacente à hierarquia das fontes de direito na medida em que as várias camadas, isto é, as normas que se sobrepõem formando o ordenamento jurídico, têm diversas origens. Ilustram-no os expedientes a que se recorre para a formação dos ordenamentos jurídicos, designadamente, a recepção de normas preexistentes em outros ordenamentos e a delegação de poder a entes inferiores para criar normas. Tais procedimentos permitem identificar as fontes reconhecidas de que o costume configura o melhor exemplo e das fontes delegadas o regulamento produzido por um órgão administrativo inferior.

Ora, a pluralidade dos ordenamentos, enquanto problema jusfilosófico, merece a atenção de duas conceções: o monismo que parte do pressuposto segundo o qual existe um ordenamento jurídico universal; o pluralismo baseado nas teorias institucionais que defende a existência de vários ordenamentos jurídicos. Para Bobbio, as relações entre os ordenamentos podem ser classificados de acordo com três critérios: o diferente grau de validade na sua relação interna; a diferente extensão recíproca dos respetivos âmbitos de

validade; e a validade das normas de um ordenamento por força da atribuição de outro ordenamento (2011:159). O primeiro critério conduz-nos à identificação de relações de coordenação e de subordinação. As relações de coordenação «são aquelas que têm lugar entre Estados soberanos» e dão origem a regras de coexistência resultantes de uma «autolimitação recíproca». As relações de subordinação ocorrem entre o ordenamento estadual e ordenamentos cuja validade dependem do reconhecimento do Estado (*Ibid.*). O segundo critério permite o estabelecimento de relações de exclusão total, inclusão total e exclusão parcial. Os respetivos âmbitos de validade dos ordenamentos em presença podem ser territoriais, materiais e pessoais. Nesta medida, por exclusão total entende-se a delimitação da validade de dois ordenamentos não se sobrepondo reciprocamente em nenhuma das respetivas partes. Já a inclusão total significa que o âmbito de validade de um dos ordenamentos jurídicos está contido no outro. O terceiro critério, assente na interseção e conexão de acordo tem como base a «validade que um determinado ordenamento atribui às regras de outros ordenamentos com os quais entra em contato» (Bobbio, 2011:161). A interseção e conexão (exclusão parcial e inclusão parcial) verifica-se quando dois ou mais ordenamentos regulam a mesma matéria ou relação jurídica em razão dos âmbitos de validade das normas jurídicas que mantêm uma conexão com tais matérias. Segundo Norberto Bobbio, este último critério pode dar lugar a três situações: indiferença, recusa e absorção. Vamos debruçar-nos sobre esta última, tendo em conta a sua relativa complexidade. Por absorção, entende-se a situação «em que um ordenamento considera obrigatório ou proibido aquilo que em outro ordenamento é também obrigatório ou proibido» (*Ibid.*). Pode apresentar-se sob a forma de reenvio e recepção. Com o reenvio um determinado ordenamento acolhe as normas provenientes de outro ordenamento em detrimento do seu próprio regime jurídico. Isto pode ocorrer quando o ordenamento estadual reconhece a validade das normas do ordenamento menor no respetivo âmbito. A recepção traduz o processo através do qual um ordenamento aceita o regime jurídico de um conjunto de relações e matérias jurídicas estabelecido em outro ordenamento.

I.5. A pirâmide juspositivista e as normas consuetudinárias

Num dos capítulos do livro que dedicou ao estudo do costume como fato normativo, Norberto Bobbio procura explicar a hierarquia juspositivista dos ordenamentos invocando a estreita ligação entre a teoria das fontes do direito e a teoria dos ordenamentos jurídicos. Para Bobbio a sobrevivência de costumes jurídicos em ordenamentos estaduais hodiernos constitui o testemunho da existência de antigos ordenamentos pré-estaduais de caráter exclusivamente consuetudinário. Deste modo conclui que a supremacia da lei representa um episódio da luta vitoriosa do ordenamento estadual, totalitário e centralizador, contra ordenamentos parciais e descentralizados (Bobbio, 2010:92). Ora, o processo de constitucionalização do Direito Consuetudinário e a consagração do pluralismo jurídico constituem atualmente premissas para questionar a triunfal vitória do ordenamento estadual perante o concorrente ordenamento consuetudinário. A fenomenologia da experiência jurídica consuetudinária sugere uma necessária precisão. Nesta medida, Bobbio examina a pirâmide dos ordenamentos jurídicos¹³ e sustenta que teoricamente a supremacia do ordenamento jurídico estadual significa apenas a anulação da força obrigatória das normas consuetudinárias, sem que tal implique a sua eliminação total, pois elas são absorvidas pela lei através dos processos de codificação. Do ponto de vista histórico, ambos os ordenamentos desenvolvem diferentes processos de formação a partir dos quais se estabelecem relações que podem consistir em intersecção ou sobreposição. As posições defendidas por Norberto Bobbio sobre o costume como fonte de direito viriam ser aprofundadas uma década após a publicação do seu livro *La Consuetudine come Fatto Normativo* (1942), quando publica as suas lições de Filosofia do Direito proferidas na Universidade de Turim, nomeadamente, *Teoria da Norma Jurídica* (1954-55) e *Teoria do Ordenamento Jurídico* (1959-1960). Apesar da sua filiação à escola juspositivista, Bobbio emprega o conceito de pluralismo jurídico

¹³ Sobre este tópico, Bobbio escreve: «Ripeto, se sul piano storico si osserva una gerarchia, essa non è tanto tra le fonti quanto tra gli ordinamenti: in sede di teoria, non ha senso porre la questione se sia superiore la legge o la consuetudine, ma ha senso, in sede storica, mettere in evidenza la supremazia dell'ordinamento statale sugli ordinamenti sociali e trarne conseguenze, tra cui, prima, il graduale venir meno della consuetudine come fonte di produzione giuridica. S'intende che il venir meno del diritto consuetudinario vuol dire estinzione della sua forza obbligatoria, non già eliminazione delle sue regole le quali trapassano generalmente nel diritto legislativo, che diventa così, la codificazione di consuetudine preesistenti.[...] Storicamente, tra l'ordinamento legalistico dello stato e gli ordinamenti consuetudinari della società, si formano rapporti vari di contrasto o d'intersecazione o di sovrapposizione: di qui i problemi tradizionali della consuetudine abrogativa (*contra legem*), integrativa (*praeter legem*), interpretativa (*secundum legem*)». Cf. Norberto Bobbio. (1942). *La Consuetudine come Fatto Normativo*, Torino: G. Giappichelli Editore, p.93.

institucional inspirando-se na teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano que fragmenta o princípio juspositivista do direito universal. Todavia, por razões de ordem epistemológica as conclusões a que chega Bobbio, tributárias das tradições jurídicas ocidentais, não podem ser generalizadas¹⁴ de tal modo que possam abranger as experiências jurídicas não ocidentais. Limitações semelhantes repercutem-se na focagem sobre os problemas jusfilosóficos que as normas consuetudinárias colocam. Isso mesmo manifesta-se nas posições adotadas por Herbert L.A.Hart que, na década de 60 do século XX, operava ainda com uma perspectiva evolucionista do direito. Os desafios com que se confronta o juspositivismo neste alvorecer do novo milénio fornecem suficientes provas empíricas.

¹⁴Nas décadas em que Bobbio produz a sua teorização da norma jurídica e do ordenamento jurídico, após a Segunda Guerra Mundial, os processos de descolonização davam lugar a profundas transformações no mundo do direito em África. Juristas e especialistas de outras áreas disciplinares das ciências sociais e humanas realizavam estudos aprofundados sobre ideias fundamentais e procedimentos que caracterizam o sistema do Direito Consuetudinário Tradicional (por ex: T.O.Elias (1956). *The Nature of African Customary Law*, Manchester: Manchester University Press; Max Gluckman. (1965). *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*; Max Gluckman. (1967). *The Judicial Process Among the Barotse*; Max Gluckman. (ed). (1969). *Ideas and Procedures in African Customary Law*, London: Oxford University Press). É provável que Norberto Bobbio não estivesse ao corrente dos trabalhos publicados sobre essa matéria por académicos africanos e europeus oriundos das antigas potências coloniais, especialmente britânicos e franceses. Um conhecimento fundado na informação sobre factos empíricos alteraria o sentido da qualificação geral das normas consuetudinárias e conduziria à refutação do método clássico. Por essa razão deve ser tida em conta a especificidade do Direitos Consuetudinários Africanos como se comprova pelo aumento gradual dos indicadores bibliométricos de que são exemplo as teses de doutoramento em direito publicadas por dois professores universitários de Angola e Moçambique dedicadas à investigação do pluralismo jurídico nos respetivos países. Ver Carlos Feijó. (2012). *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Angolana*, Coimbra: Almedina e Carlos Manuel Serra. (2014). *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais. Avanços e Recuos na Construção do Direito Moçambicano*, Lisboa: Escolar Editora.

II Capítulo
O COSTUME NA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO

II.1. O conceito de fonte do direito

Recuperando a genealogia do conceito de soberania que analisámos, facilmente se procede à associação do poder soberano à *potestas normandi* ou a *normae agendi*. A imagem metafórica da fonte remete para o sujeito detentor de um poder que sustenta a sua produção do direito, bem como outros atos por ele praticados e o lugar de que emanam as normas jurídicas. Na tradição europeia, o uso da metáfora remonta ao Direito Romano, quando Cícero em *De Legibus* (Livro I) constrói um diálogo entre Ático e Marcus no qual o segundo considera que a *descoberta das fontes das leis e do direito* (itálico nosso) requeriam um prévio conhecimento dos dons do homem, as qualidades excelentes da mente humana e a tarefa para cuja realização os homens tinham vindo ao mundo¹⁵.

Ao tomar posição na discussão deste problema jusfilosófico, Kelsen começa por dilucidar o sentido da expressão «fontes de direito», distinguindo as normas do Direito Estadual (legislação) das normas do Direito Internacional (costume e tratado). E conclui que a referida fórmula metafórica pode ser empregada em sentido não jurídico quando designa princípios de ordem moral e política, teorias jurídicas e pareceres de especialistas, não podendo significar o mesmo que as fontes do direito positivo, pois o que distingue estas daquelas é a sua natureza jurídica vinculante. Não é sem razão que Hans Kelsen considera que a equivocidade ou pluralidade de significações do termo «fonte de Direito» fá-lo aparecer como «juridicamente imprestável», aconselhando o emprego de uma expressão que tenha inequivocamente em vista o fenómeno jurídico (Kelsen, 2008:263).

Para Castanheira Neves a expressão pode ser analisada como fórmula e como problema. Como fórmula seleciona quatro sentidos: fontes de conhecimento, fontes genéticas, fontes de validade e fontes de juridicidade. Enquanto problema, a verdadeira questão coloca-se na significação para que remete o seu último sentido (Neves, 2010:9-15). As definições sobre o que se entende por fonte do direito constituem controvérsias reveladoras da diversidade de conceções e critérios usados para a sua classificação. Na teoria tradicional as fontes do direito referem «os modos pelos quais uma normatividade se torna direito positivo» (*Id*:8). Neste sentido, trata-se de fontes de juridicidade. Numa outra perspetiva, poder-se-ia dizer que fontes do direito são «aqueles factos ou aqueles

¹⁵ Cf. Cícero, *De Legibus*.(n.d). <https://archive.org/details/delegibuslibri00cicegoog>. Sobre o sentido teleológico da metáfora das fontes do direito quer em Roma quer nos nossos dias, ver Eduardo Vera-Cruz Pinto. (2012). *Curso de Direito Romano*, Volume I, Cascais: Principia.

atos aos quais um ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas» (Bobbio, 2011:58). Verifica-se que as malhas da sua semântica não são acolhidas pacificamente.

A existência de conexões entre a teoria do ordenamento jurídico e a teoria geral das fontes do direito permite concluir que nas referidas tentativas de definição não parece haver clareza, na medida em que para que tal ocorra o *definiens* deve revelar-se mais transparente do que o *definiendum*. Para Josep Agiló Regla a definição de fontes do direito obedece à dialética dos pares conceituais: fontes de produção *versus* fontes de conhecimento; métodos de produzir normas jurídicas *versus* formas de exteriorização de normas»; métodos de produção *versus* normas que regulam a produção de normas. Esses dilemas configuram ambiguidades da linguagem jurídica do tipo antecedente/consequente ou oposições através das quais se podem discernir relações de implicação entre o constitutivo e o constituído (Regla, 2000:59-63).

Josep Agiló Regla considera que a definição comumente usada tem o cunho das doutrinas juscivilistas e baseia-se na lógica do género e da diferença específica. O género corresponde aos «factos e atos jurídicos» e a diferença específica à «criação de normas jurídicas». De acordo com Agiló Regla, no que a este segundo elemento diz respeito, importaria ter igualmente em conta os diversos significados de norma jurídica bem como o catálogo de normas classificadas pelo critério da sua origem. Mas as normas sobre as fontes do direito constituem uma tipologia que deve merecer particular atenção. Trata-se das normas secundárias que regulam o modo de produzir as normas jurídicas, ou seja, normas idóneas que regem o seu processo de produção. Para Riccardo Guastini existem três tipos diferentes de normas sobre as fontes do direito: normas sobre a produção jurídica; normas sobre a eficácia; normas sobre o conflito de normas. As normas sobre a produção jurídica disciplinam o processo de criação de novas normas apresentando-se em quatro tipos: normas que conferem competência normativa; normas que disciplinam o exercício de uma competência; normas que circunscrevem o objeto de uma competência; normas que limitam o conteúdo de uma competência (Guastini, 1993:29). O reconhecimento da sua existência permite identificar fontes de produção e fontes de conhecimento. No dizer de Guastini, as fontes de produção têm uma conotação associada aos factos e atos suscetíveis de produzir o direito. Já as fontes de conhecimento designam os documentos e publicações através dos quais se dá a conhecer o direito. Com efeito, a distinção entre fontes de produção e fontes de conhecimento revela-se problemática quando se trata do Direito Consuetudinário, pois do ponto de vista da sua manifestação

não é um direito originariamente escrito. No primeiro caso temos o costume como facto produtor de normas jurídicas. No segundo, verifica-se que ele é suscetível de ser publicado em suporte escrito. O que pode acontecer geralmente através da recolha dos usos e costumes, isto é, assumir a forma de codificação dos costumes jurídicos. Neste caso regista-se um diferimento entre a textualidade oral em que se reproduz a norma jurídica e os documentos que comprovam a sua existência.

As normas sobre a eficácia das normas determinam o âmbito da sua aplicabilidade que pode ser pessoal, espacial e temporal. Por sua vez, as normas sobre conflitos entre as normas regulam as relações ou antinomias entre as fontes (conflitos entre normas provenientes de fontes do mesmo tipo mas promulgadas em momentos diferentes e conflitos entre normas provenientes de fontes de diferentes), podendo dar lugar ao recurso dois tipos de soluções: o princípio da preferência pela norma sucessiva ou princípio cronológico; o princípio hierárquico segundo o qual prevalece a norma superior. Para Norberto Bobbio as antinomias revelam uma situação em que duas normas não podem ser ambas aplicadas, implicando a supressão de uma delas. As antinomias podem ser sanáveis ou aparentes; e insanáveis ou reais. Incidamos sobre as antinomias reais, «aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre critérios dados» (Bobbio, 2011:96). A dogmática jurídica propõe três critérios para a solução das antinomias insanáveis ou reais: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*); o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*); o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). Ora, o conceito de fonte do direito que interessa no âmbito desta dissertação tem em conta as situações históricas que dos nexos estabelecidos entre a lei e o costume: superioridade da lei; paridade entre a lei e o costume; inferioridade da lei. As relações entre a lei e o costume deram origem a soluções pluralistas apesar da superioridade da lei sobre outras fontes do direito. Do ponto de vista teórico são conhecidas três doutrinas que tematizam o costume como fonte do direito: a doutrina romano-canónica; a doutrina moderna; a doutrina da Escola Histórica do Direito. Não cabendo aqui o tratamento exaustivo desta matéria, será necessário proceder a uma breve caracterização destas doutrinas como veremos na secção em que se trata do fundamento do Direito Consuetudinário.

II.2. O costume como fonte de direito

A «perspetiva político-constitucional» que subjaz à teoria tradicional das fontes do direito assenta na conceção estatuto-legalista, sendo dominada exclusivamente por uma

questão teórica que incide sobre o problema das manifestações constitutivas do direito (costume, lei, contrato, jurisprudência, doutrina) e duas questões de cariz dogmático jurídico, designadamente, a teoria da lei e da hierarquia das fontes do direito (Neves, 2010:40). Com efeito, interessa-nos aqui explorar as críticas assacadas à teoria tradicional das fontes do direito, incidindo especialmente sobre a questão teórica de que ela se ocupa. Referimo-nos à exclusão do costume desse elenco que, por outro lado, é um ponto que faz apelo à revisão da concepção estatuto-legalista do direito. Uma das manifestações da exclusão do costume verifica-se quando surge o complexo problema da relação entre a lei e o costume, e se põe à prova o critério hierárquico para a solução das antinomias. Nos casos em que o costume é uma inferior fonte do direito, ele será considerado *secundum legem* ou *praeter legem*, sem força para revogar a lei. Na hipótese de o costume e a lei serem fontes do mesmo grau, não se aplicará o critério hierárquico. Em circunstâncias semelhantes aplica-se o critério cronológico.

Ora, no século XX a crítica ao estadualismo traduziu-se no surgimento de várias concepções do direito dentre as quais avulta a concepção institucional. A ela se deve a introdução da teoria pluralista das fontes do direito. As fontes materiais do direito não podiam ser atribuídas exclusivamente ao Estado ou restringir-se à sua natureza formal. No entender de Castanheira Neves, a concepção institucional não é totalmente concludente quando se trata de determinar a superação da teoria tradicional das fontes do direito. É que também incorre no mesmo «erro básico» que consiste em persistir na ideia de que o problema das fontes se resolve através da simples fenomenologia do direito, apreendido na sua manifestação. Todavia, a articulação dessa ideia com o reconhecimento da invalidade da tradicional perspectiva formal, impulsionou a busca de outras fontes, «fontes materiais» diferentes das comuns e positivistas fontes formais (Neves, 2010: 48). Portanto, vislumbra-se uma outra teoria das fontes do direito que tem em conta o facto de as coordenadas normativas não serem apenas jurídico-formais mas também jurídico-materiais (*Ibid.*:54). Nesta senda importa fazer a síntese das críticas dirigidas à teoria tradicional e retomar a noção de «experiência jurídica» enquanto universo das ações constitutivas do direito para compreendermos os momentos da normatividade jurídica do costume enquanto facto normativo de que o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas. Entre os factos normativos que dão origem a normas gerais encontramos o costume jurídico. A experiência jurídica constituinte comporta três momentos: o momento material; o momento de validade; e o momento constituinte (*Id.*:56). Para Castanheira Neves, a determinação do ponto de referência a partir do qual

se define a juridicidade do costume ocorre no primeiro momento, pois torna-se possível saber acerca das potencialidades de a prática jurídica consuetudinária ser considerada um modo constituinte do direito positivo, englobando a sua juridicidade (Neves, 2010:70). Castanheira Neves sublinha dois aspetos: o modo constituinte e a juridicidade. Para ele «a constituição consuetudinária do direito não pode ser o modo de constituição polarizador das sociedades atuais», embora possa assumir importância de *auctoritas* normativa nos casos em que «o direito é suscetível de se oferecer como direta expressão das intenções normativas comunitárias» ou naqueles casos em que «a indeterminação de uma pré-objetificação normativa obriga a recorrer à prática» (*Ibid.*). Quanto ao segundo aspeto, Castanheira Neves entende que devido ao seu carácter originariamente comunitário, a juridicidade do costume constitui-se no contexto de uma «realidade histórico-cultural» onde os comportamentos individuais e coletivos consagram a intenção normativa subjacente à prática e aos usos sociais. É possível isolar dois elementos constitutivos do costume jurídico: o elemento material e externo (*usus*) e o elemento espiritual e interno (*opinio juris*). Ao admitir-se no plano da análise a existência destes elementos, torna-se necessário determinar o fundamento do costume enquanto fonte do direito. Todavia, os debates que se desencadeiam nesta matéria gravitam à volta de um equívoco que se analisa na distinção entre Direito Consuetudinário em sentido amplo, abrangendo outras fontes do direito situadas fora do domínio da lei e o Direito Consuetudinário em sentido estrito que designa apenas o conjunto de normas de origem costumeira. Em todo o caso, importa reconhecer o costume como fonte do direito nos sistemas jurídicos contemporâneos, afastando-se qualquer hegemonia epistemológica que, numa lógica evolucionista, estabeleça uma ordem hierárquica entre o «pré-jurídico» e o «jurídico», ou seja, entre o costume representando a regra não escrita e o «jurídico» confundindo-se com a regra escrita. Por essa razão, a definição do costume como fonte do direito deve obedecer aos ditames de um certo relativismo epistémico devido à forte dependência de parâmetros conceituais com que se opera. A noção de costume usada por Herbert L.A. Hart (1907-1994) ilumina bem os caminhos dominados pelo absolutismo epistémico.

É claro que é possível imaginar uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie. Na verdade, há muitos estudos de comunidades primitivas que não só sustentam que esta possibilidade ocorreu, mas descrevem em detalhe a vida de uma sociedade na qual o único meio de controlo social é a atitude geral

do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento, em termos daquilo que caracterizamos como regras de obrigação. Uma estrutura social deste tipo é frequentemente descrita como uma estrutura baseada no «costume»; mas não usaremos este termo, porque frequentemente assume de forma implícita que as regras consuetudinárias são muito antigas e mantidas com menor pressão social do que as outras regras. Para evitar estas implicações, referir-nos-emos a tal estrutura social como uma estrutura integrada por regras primárias de obrigação [...] Tais regras encontram-se sempre de fato nas sociedades primitivas de que temos conhecimento, juntamente com uma variedade de outras regras que impõem vários deveres positivos aos indivíduos, de execução de serviços ou de prática de contribuições para a vida comum (Hart, 2011:101).

Nesta medida, o uso do conceito de costume não podia permitir que Hart tivesse uma compreensão adequada das experiências jurídicas consuetudinárias de outras regiões do globo obedecendo a critérios e padrões diferentes, apesar da nota introduzida no seu livro revelando algum conhecimento de obras de antropologia jurídica escritas por autores como Bronislaw Malinowski, A.S. Diamond, Karl Llewellyn e E.Adamson Hoebel. A falta de profundidade da leitura de tais autores é a crítica que lhe faz David J. Bederman (Bederman, 2010:6). A posição defendida por Herbert L.A. Hart assenta no pressuposto segundo o qual o costume nas sociedades do século XX caracterizava aquilo que ele designa por «comunidades primitivas». Recusando-se a usar o termo costume, prefere falar em «regras primárias de obrigação» que requerem a complementaridade das regras secundárias. Contudo, como veremos mais adiante, o costume integra hoje o sistema das fontes do direito com plena cidadania em vários ordenamentos jurídicos.

II.3. O fundamento do costume como problema jusfilosófico

A pretensão de indagar-nos sobre o fundamento do costume jurídico coloca-nos em presença de um dos mais estimulantes problemas teóricos da Filosofia do Direito. Mas trata-se, ao mesmo tempo, de um falso problema, na medida em que a validade do costume jurídico funda-se na sua própria juridicidade. Por conseguinte, demandar o fundamento do costume jurídico é o desafio que aqui se nos oferece. Na historiografia jusfilosófica, as tentativas de resposta agrupam-se em três diferentes doutrinas: a doutrina tradicional ou romano-canónica, a doutrina da Escola Histórica do Direito e a doutrina moderna (Bobbio, 2010:41). Para a doutrina tradicional ou romano-canónica o costume

jurídico funda-se na vontade do povo, sendo este o fundamento da juridicidade da lei e do costume. Sigamos o argumento de Norberto Bobbio:

La «trasposizione del concetto di volontà popolare dalla consuetudine rappresenta dunque un'operazione non teoretica ma tecnica [...] la migliore prova che la volontà del popolo costitutiva del diritto consuetudinario è la stessa volontà legiferatrice e che quindi nel fondarvisi gli usi sono elevati al livello della legge [...] sta nel fatto che questa dottrina si trasforma lentamente durante il diritto intermedio nella dottrina del consenso del legislatore, indipendentemente del fatto che il legislatore sai il popolo o il principe, sino a trasformarsi, coi giuristi moderni, nella dottrina del consenso, mediante richiamo espresso, della legge, o addirittura, più esplicitamente, dello stato [...] (Bobbio, 2010 :43).

Nestes termos, admite-se a possibilidade da atração de uma fonte de direito por outra, ou seja, o costume é incorporado no ordenamento jurídico estadual por força da própria lei. Uma fonte do direito atrai outra fonte.

No século XIX, os seus próceres da Escola Histórica do Direito, Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta, consideravam que na origem do direito encontravam-se a nação e a convicção popular. Referiam-se ao direito consuetudinário. Por essa razão, as suas características doutrinárias residem na confusão que se estabelece entre o fundamento e a fonte do direito consuetudinário, quando este é tomado como direito que emana da vontade popular. Todavia, ao ser afastada a hipótese de sobrepor as duas categorias – direito popular e direito consuetudinário – esta doutrina revela-se como via para a investigação do fundamento do direito consuetudinário que transpõe as suas próprias fronteiras. Para Bobbio, a Escola Histórica defende a perspectiva segundo a qual «o costume tem caráter jurídico independentemente do legislador, do poder judiciário e do cientista do direito, porque a sua validade se funda na convicção popular, no sentimento de justiça do povo, sentimento que permite distinguir os costumes jurídicos dos simples hábitos» (Bobbio, 2006:168). Neste sentido, Bobbio admite que esta é uma outra possibilidade de atração da norma consuetudinária por uma fonte que é igualmente o seu fundamento, o povo. Uma fonte do direito é, ao mesmo tempo, o seu próprio fundamento.

Inspirada nas concepções de John Austin (1790-1859) e Édouard Lambert (1866-1947), a doutrina moderna considera que o estatuto jurídico do costume não existe por si só. Ele depende da ação dos tribunais que lhe conferem validade e força obrigatória. O

centro de atração da norma consuetudinária é a mediação do juiz. A este propósito, John Austin escreve:

For example, customary laws are positive laws fashioned by judicial legislation upon pre-existing customs. Now, until clothed with legal sanctions by the sovereign one or number, the customs are merely rules set by opinions of the governed and sanctioned or enforced morally; though, when they become the reasons of judicial decisions upon cases, and are clothed with legal sanctions by sovereign one or number, the customary are rules of positive law as well as of positive morality. But because the customs were observed by the sovereign one or number, it is fancied that customary laws exist as positive laws by the institution of the private persons with whom the customs originated (Austin, 1874:102-103).

O pensamento subjacente à doutrina moderna é abalado pela argumentação aduzida por Bobbio¹⁶ quando considera que o costume qualifica originariamente a autoridade do juiz e sustenta o desenvolvimento do direito judiciário. Nesta medida, as teorias da conceção moderna suscitam algumas objeções. Em primeiro lugar, a validade dos costumes não implica a intervenção dos tribunais. É o que acontece na tradição constitucional britânica dominada por um direito constitucional de origem consuetudinária. Além disso, ocorrem situações em que os tribunais estão vinculados à aplicação do costume, não podendo o juiz ter a liberdade de escolha.

Portanto, as respostas elaboradas no âmbito das indagações acerca do fundamento do costume jurídico conduzem-nos à afirmação da «autoridade social da tradição» perante a qual são reconhecidas as normas jurídico-consuetudinárias. Contrariamente à tese defendida por Castanheira Neves segundo a qual «a constituição consuetudinária do direito não pode ser o modo de constituição polarizador ou nuclear das nossas atuais sociedades» (*op.cit*:70), Bobbio com fundadas razões considera que ao costume, pela sua própria natureza, deve ser atribuído «valor constitutivo» e «ricognitivo»:

¹⁶ Refutando o ponto de vista de John Austin, Bobbio escreve: «Il fatto che in una fase dell'evoluzione sociale il giudice nella sua opera di escutore della più alta funzione dello stato accolga il diritto consuetudinario, relativamente all'ordinamento in cui sorge, è già validamente costituito quando viene a conoscenza del giudice, e che il giudice, il quale rispetto alla introduzione della consuetudine nell'ordinamento di cui è organo agisce costitutivamente, quanto alla sua validità giuridica fa opera di mero accertamento». Cf. Norberto Bobbio. (2010). *La Consuetudine come Fatto Normativo*, Torino: G.Giappichelli Editore, pp.45-46.

[...]il primo quando la regola poggia esclusivamente sull'autorità della tradizione, la seconda quando la regola, già valida in precedenza, trova nell'attuazione costante ed uniforme la propria conferma; insomma importa stabilire in modo ben chiaro che s'intende per regola di diritto consuetudinario quella regola di fronte alla quale si rimette la giustizia dell'obbligo assunto unicamente all'autorità della tradizione (Bobbio, 2010:51).

Ora, neste capítulo justifica-se uma reflexão final sobre os elementos constitutivos do costume reconduzindo-se estes às características da consuetudinarietà e da juridicidade. Se a prática reiterada e uniforme de determinados comportamentos define a consuetudinarietà, já o critério da juridicidade será a *opinio juris*. A doutrina jurídica dominante considera que o costume jurídico comporta dois elementos: um externo, ou seja, a *repetição*; outro interno, a *opinio juris seu necessitatis*. Para Norberto Bobbio, este segundo elemento, em termos relativos, é o requisito fundamental do costume jurídico pela sua natureza espiritual e psicológica (Bobbio, 2010:54). Contudo, os equívocos são gerados pela oposição de duas doutrinas cujos argumentos visam a defesa da superioridade de um dos referidos requisitos. De um lado, situa-se a doutrina materialista segundo a qual a compreensão do problema suscitado deve conduzir à exclusão do requisito interno. No polo contrário, está a doutrina espiritualista que valoriza a importância do elemento interno, excluindo o requisito externo. Ao desenvolver a doutrina do fundamento espiritual do costume jurídico, a Escola Histórica do Direito revela uma propensão para fazer crer que ele deriva diretamente das convicções. Nesta medida, Bobbio explica:

La convinzione popolare è, rispetto al diritto consuetudinario, il fondamento; l'*opinio iuris* è una modalità degli atti che costituiscono la ripetizione costitutiva della consuetudine giuridica. La prima è la convinzione collettiva che sta all'origine del processo formativo della consuetudine; la seconda è la credenza individuale che accompagna il suo stesso formarsi e compare al termine del processo (Bobbio, 2010: 55)

A relação dialética entre a comunidade e o indivíduo, sobrepujando-se aquela a este, sustenta o fundamento do costume, tal como defende a Escola Histórica do Direito. De acordo com Norberto Bobbio os problemas doutrinários que a *opinio juris* suscita, enquanto elemento ou requisito da juridicidade do costume, assume diversas formas. Elas traduzem equívocos que têm diferentes expressões: a) *opinio juris necessitatis* em que o momento constitutivo do costume se realiza com a convicção do cumprimento de um ato

necessário do ponto de vista jurídico, mas não natural; b) *opinio juris* corrige o sentido genérico da expressão anterior, afastando qualquer dúvida a respeito da natureza jurídica da referida necessidade, isto é, da sua obrigatoriedade; c) *opinio juris et necessitatis*, uma *hendíadis* através da qual o segundo termo integra ou desenvolve o sentido do primeiro; d) *opinio juris seu necessitatis* traduz a equivalência dos dois termos sendo por isso uma tautologia. Todavia, na dogmática jurídica discute-se acerca da formação do costume jurídico e dos elementos que o constituem. Por isso, Bobbio identifica um círculo vicioso na existência da *opinio* como pressuposto necessário da obrigatoriedade e na definição da *opinio* como convicção de sujeitar-se a uma norma jurídica, supondo, por conseguinte, uma obrigação preexistente. Em síntese, esvazia-se a norma consuetudinária da sua validade jurídica, inscrevendo-se a *opinio* no campo da contradição, ao ser considerado elemento constitutivo da norma consuetudinária e, ao mesmo tempo, nega-se ao processo consuetudinário a possibilidade de ser direito.

Os equívocos e as contradições que resultam desse debate exigem uma clarificação da posição que a *opinio juris* ocupa. Para o efeito, Bobbio considera necessário distinguir os dois processos que sustentam a norma consuetudinária: o processo de formação que diz respeito à sua produção e o processo de conservação que mantém a sua eficácia. (*Ibid.*:58-60). Portanto, Bobbio conclui:

Prendendo le mosse da questa differenza, diventa finalmente chiara la posizione dell' *opinio juris*: essa appartiene alla seconda fase, non alla prima; essa non concorre alla formazione della norma, ma ne garantisce l'efficacia [...] Possiamo aggiungere che il modo più diretto di provare una credenza è quello di osservare il comportamento che da essa deriva; ma il comportamento che deriva dalla credenza nell'obbligatorietà è la sottomissione all'obbligo. Dunque, il miglior modo di provare se esista l'*opinio* è di vedere se sai o non sia stata ripetuta la regola (Bobbio, 2010:61).

Situada assim na fase da conservação do costume que corresponde ao momento da eficácia, a *opinio juris*, desde logo pela sua etimologia, remete-nos para a história do direito romano e do direito medieval europeu, além de pressupor a existência de normas que regulam práticas caracterizadas como *ius non scriptum*. No entanto, se admitirmos que a tematização seguida nesta dissertação inscreve-se no âmbito da teoria do ordenamento jurídico consuetudinário, verificaremos que pela metodologia adotada, tributária dos subsídios provenientes da produção científica e filosófica de África e da

América Latina, temos vindo a privilegiar a experiência consuetudinária oral ¹⁷ em que avulta o costume não escrito, por exclusão do costume jurídico escrito quer de direito interno quer do direito internacional. Neste sentido, a *opinio juris* será igualmente um elemento constitutivo da norma consuetudinária oral, pois apesar de não apresentar fundamento escrito estará dotada de juridicidade, devendo-se no entanto distinguir a *opinio* como fundamento da força obrigatória da *opinio* como traço caracterizador da qualificação jurídica. Podemos concluir que o estudo da *opinio juris* e de outros elementos no âmbito do Direito Consuetudinário Oral é hoje um imperativo para melhor compreendermos as dinâmicas jurídicas das vastas comunidades multiétnicas com autoridades políticas próprias, excluídas pela ação esmagadora do Estado central, unitário e federal transplantado da Europa. Todavia, a discussão sobre os fundamentos do costume não se esgota na análise dos seus elementos, estende-se ao estudo de outras duas dimensões que constituem a dicotomia: hábito e convenção¹⁸. Em *The Philosophy of Customary Law*, James Bernard Murphy desenvolve uma abordagem que, estribando-se numa perspetiva histórica, avalia os debates sobre as funções dos hábitos e das convenções nos sistemas jurídicos contemporâneos. Conclui que tais debates permitem compreender melhor a relação que estabelece entre o costume e o direito. Do nosso ponto de vista o continente africano apresenta hoje uma diversidade de problemas que suporta a eficácia de semelhantes reflexões filosóficas. A interpretação do costume com a finalidade de discernir os seus elementos, o jurídico do metajurídico ou não jurídico, é um dos que apresentam maior complexidade.

¹⁷ Já na Idade Média Isidoro de Sevilla considerava que a diferença entre costume e lei assentava na oposição entre a oralidade e a escrita. «2. Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est. 3. Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex: nex differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. 4. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod saluti proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu». (2. Lei é uma disposição escrita. Costume é uma prática comprovada pela antiguidade; isto é, vem a ser uma lei não escrita. Lei deriva de lei já que é redigida. 3. Ao invés, o costume é uma prática de longa tradição referindo-se exclusivamente aos usos. Portanto, o costume é uma espécie de direito instituído pela prática e utilizado como lei quando esta não existe. E não importa que uma norma tenha uma base escrita ou fundada apenas na razão, já que é a razão que recomenda qualquer lei. 4. Pois bem, se toda lei tem fundamento na razão será lei tudo o que estiver fundado nela, desde que esteja de acordo com a religião, convenha à doutrina e aproveite a salvação. Designa-se costume devido ao seu uso comum». Cf., San Isidoro de Sevilla. (2009). *Etimologias*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

¹⁸ Cf. James Bernard Murphy. (2014). *The Philosophy of Customary Law*, Oxford: Oxford University Press. O autor elabora um síntese histórica interessante da Filosofia do Direito Consuetudinário que atravessa o tempo desde os tempos dos sofistas gregos, passando por Aristóteles, S. Tomás de Aquino, Francisco Suarez, Jeremy Bentham e James Carter.

III Capítulo

**DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA CONSUETUDINÁRIA AO
PLURALISMO JURÍDICO**

III.1. Multiculturalismo e fundamentos de uma epistemologia do direito

É sob a égide do multiculturalismo e do relativismo epistemológico¹⁹ que tardiamente se desenvolvem nos meios académicos ocidentais os debates filosóficos acerca da experiência jurídica consuetudinária, focalizando problemas fundamentais da epistemologia do direito de que o pluralismo jurídico é a sua melhor demonstração²⁰. Foi na década de 90 do século XX que começaram a ser discutidos temas problemáticos até aí negligenciados pela Filosofia Política e pela Filosofia do Direito. A atenção foi sendo deslocada para o tratamento de problemas específicos, quando os Estados e as democracias liberais passaram a confrontar-se com a pressão das populações autóctones ou minorias étnicas. Will Kymlicka esboça uma cronologia que permite analisar a evolução do debate sobre o multiculturalismo em três fases, desde a década de 80 até aos nossos dias. Durante a primeira fase, período que ocorre antes de 1989, a defesa do multiculturalismo exprimia as posições comunitaristas na crítica contra os liberais em discussões que se concentravam em torno do direito das minorias. Na segunda fase, evidencia-se o debate desencadeado entre os liberais em que se discute acerca da interpretação dos princípios do liberalismo perante o papel que podia ser desempenhado por fatores diversos como as línguas, a nacionalidade e as identidades étnicas nas instituições das sociedades democráticas. Para Kymlicka nesta fase os debates registaram progressos na medida em que permitiram uma melhor descrição das reivindicações apresentadas por diversos grupos «etnoculturais» e uma melhor compreensão das questões de carácter normativo. A terceira fase desenvolve-se a partir das objeções ao chamado «principle of benign neglect» (princípio da negligência benigna) relativamente à diversidade etnocultural segundo o qual o Estado devia manter a sua neutralidade

¹⁹ A relação que se estabelece entre o multiculturalismo e o relativismo epistémico pode ser identificada na ideia da «neutralidade liberal» do Estado que sustenta os argumentos dos liberais nos debates que travam com os comunitaristas. O problema da neutralidade na avaliação dos objetos e fenómenos constitui um dos pontos centrais das discussões filosóficas sobre o relativismo epistemológico. Cf. Will Kymlicka. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford: Oxford University Press; Steven D. Hales, (ed.), (2011). *A Companion to Relativism*, Malden/Oxford: Blackwell Publishing.

²⁰ A este propósito o testemunho de Norbert Rouland revela-se bastante eloquente: «Atualmente, embora o pluralismo jurídico tenha na França apenas uma audiência recente, tardia, e não tenha em absoluto a unanimidade, o consenso sobre esse tema é geral na comunidade internacional dos antropólogos do direito. Estes, claro, elaboram diversas teorias dele, cujo sentido leva a um afastamento cada vez maior relativamente ao direito estatal: o direito é cada vez menos um negócio de Estado [...] Ocorre que, a meu ver como ao de muitos de meus colegas pelo mundo, as teorias do pluralismo jurídico possuem no plano científico um inegável valor operatório: verdadeiras ou falsas, despertam o interesse ou a reprovação, permitem compreender melhor o que é o direito e como ele funciona, *urbi et orbi*» Cf. Norbert Rouland. (2008). *Nos Confins do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, p. 185.

perante as identidades etnoculturais dos cidadãos e a existência ou inexistência de aptidão para a reprodução da sua cultura (Kymlicka, 2002:336-347). Nesta medida Kymlicka entende que o modelo de abstencionismo do Estado devia ser substituído por um outro que reconhecesse o seu papel na construção da nação (*nation-building*) entendida como «a process of promoting a common language, and a sense of common membership in, and equal access to, the social institutions operating in that language» (Kymlicka, 2002:347). Numa lapidar definição instrumental, formulada a partir da crítica às conceitualizações eurocêtricas, Kwame Gyekye considera que a «nation-building is thus a conscious and purposive attempt to bring different peoples together to think, act, and live as if they were one people belonging to one large ethnocultural community [...]» (Gyekye, 19997:85). Estamos em presença de um novo tipo de processos de construção da nação, por se tratar de um problema transversal em grande parte dos Estados contemporâneos, caracterizando-se pelo reconhecimento da heterogeneidade étnica, cultural e linguística das suas populações. Por essa razão, o multiculturalismo manifesta-se sob formas diversas podendo ser problematizado em vários domínios da filosofia. Enquanto tema filosófico o multiculturalismo atrai o interesse da comunidade académica que opera no campo da Filosofia Política a partir de 1992 com a publicação do texto de Charles Taylor sobre a «política do reconhecimento». Trata-se de um fenómeno a que subjaz um «princípio da igualdade universal» (Taylor, 1994:59). Para Charles Taylor são os problemas como o reconhecimento, a identidade, a igualdade das pessoas e suas comunidades que nos conduzem ao multiculturalismo «como é hoje frequentemente discutido e que tem muito a ver com a imposição de algumas culturas sobre outras da pressuposta superioridade que desencadeia essa imposição» (*Id.*:84). Taylor procura determinar as situações que do ponto de vista histórico e sociológico permitam explicar a pertinência de tais problemas: o passado colonial e a marginalização de segmentos da sua população oriundos de outras culturas. Pelas razões invocadas não hesita em responsabilizar e atribuir culpas às sociedades liberais do Ocidente. Neste sentido, os argumentos através dos quais se faz a apologia do multiculturalismo andam associados ao pluralismo e estão ancorados a premissas que negam a existência de fatos epistémicos absolutos, isto é, o absolutismo epistémico, mas que reconhecem como verdadeiro o relativismo epistemológico. É esta a argumentação tecida por Kwasi Wiredu em três capítulos do seu livro *Cultural Universals and Particulars. An African Perspective*, quando defende a descolonização conceitual na construção do discurso filosófico africano e a formulação do pensamento moderno em línguas africanas. A resposta que dá à

pergunta sobre o que entende por descolonização conceitual, não deixa dúvidas relativamente à sua filiação no grupo daqueles que atribuem méritos ao relativismo conceptual e ao relativismo epistémico.

By conceptual decolonization I mean two complementary things. On the negative side, I mean avoiding or reversing through a critical conceptual self-awareness the unexamined assimilation in our thought (that is, in the thought of contemporary African philosophers) of the conceptual frameworks embedded in the foreign philosophical traditions that have had an impact on African life and thought. And, on the positive side, I mean exploiting as much as is judicious the resources of our own indigenous conceptual schemes in our philosophical meditations on even the most technical problems of contemporary philosophy (Wiredu, 1996:136).

Temos aí a descrição de atos que são rostos da mesma moeda: submeter a uma rigorosa crítica os quadros conceituais e epistémicos provenientes das «tradições filosóficas estrangeiras» e explorar os esquemas conceituais endógenos veiculados em línguas africanas. Se para Kwasi Wiredu a formulação do pensamento moderno em línguas africanas pode consistir em traduções partindo de outras línguas, o quadro conceitual será a variável que perpassa as premissas e conduz à conclusão em tudo semelhante aos argumentos produzidos em defesa do relativismo epistémico. Assim, a descolonização dos conceitos das línguas europeias usados nos discursos africanos supõe uma alternativa, o uso das línguas africanas quer na filosofia quer em outras disciplinas humanísticas²¹. Estas são indagações legítimas que correspondem a um tipo de reações

²¹ Nas décadas de 60 e 70, os filósofos africanos debatiam problemas epistemológicos decorrentes da utilização das línguas europeias e de conceitos da filosofia ocidental, bem como a sua aplicação às realidades africanas. Tais discussões produziram controvérsias enriquecedoras de que se destacam contribuições dos filósofos que temos vindo a referir. Para Dismas A. Masolo «they suggest that philosophical endeavor, whether by the professionals or by any other person so inclined, does not have to begin with considerations of the theoretical implications of the belief systems and principles of the everyday practical life in the cultures we inhabit. Their lesson, among other important matters, is that indeed all philosophy, not just African philosophy, is embedded in culture by virtue of the observation that philosophical problems stem from and are part of how philosophers consciously and critically live the cultures of their times» (*op.cit.*:2010:50). Todavia, uma das mais relevantes peças do debate é o livro de Barry Hallen e J. Olubi Sodipo publicado em 1997, *Knowledge, Belief and Witchcraft. Analytic Experiments in African Philosophy*. Trata-se de uma obra em que os autores abordam o problema relacionado com uma das mais estimulantes teses da filosofia analítica anglo-saxónica contemporânea, o princípio da indeterminação da tradução, formulada por Willard V.O. Quine (1908-2000) em *Word & Object*, livro publicado em 1960. O argumento é apresentado nos seguintes termos: «The firmer the direct links of a sentence with non-verbal stimulation, of course, the less drastically its translations can diverge from one another from manual to manual. It is in this last form, as a principle of indeterminacy of translation that I shall try to make the point plausible in the course of this chapter» (2013:24). Tal princípio tem sido aplicado na abordagem de alguns problemas da Filosofia Africana, sobretudo pela sua pertinência no que diz respeito

inscritas na situação complexa a que Jacques Derrida denomina por «monolinguismo do outro», expressão de uma soberania imposta através de um poder de império exterior, de «essência sempre colonial e que tende, reprimivelmente e irreprimivelmente, a reduzir as línguas ao Uno, isto é, à hegemonia do homogêneo» (1996:56). Numa perspectiva histórica, é aqui que se inscreve o pioneirismo do jusfilósofo nigeriano Taslim Olawale Elias (1914-1991) quando pretendeu dar uma contribuição à teoria geral do direito, durante o período colonial, abordando o tema controverso da definição do Direito Consuetudinário numa tentativa de explorar os conceitos jurídicos africanos e a sua possível tradução em equivalentes nas línguas europeias. A publicação do seu livro *The Nature of African Customary Law* (1956) é um marco assinalável para a Filosofia do Direito tendo em atenção a tematização das exigências de reconhecimento e da descolonização conceitual.

Ora, podemos concluir que do ponto de vista substantivo, o multiculturalismo tem no seu campo de referências fenómenos preexistentes no momento em que se desencadeou o aludido debate filosófico. Por isso, a diversidade de tais fenómenos não permite ignorar a importância das interrogações sobre a determinação do que se entende por relativismo epistemológico e as alternativas que lhe são associadas²². Todavia, é mais pertinente admitir que se esteja em presença de um tipo de relativismo, pois ele revela-se

à «tradução radical», [...] «i.e., translation of the language of a hitherto untouched people» (p.25). Cf., Barry Hallen e J.Olubi Sodipo. (1986). *Knowledge, Belief and Witchcraft. Analytic Experiments in African Philosophy*. Stanford, Stanford University Press; Williard W.O.Quine. (2013). *Word & Object*, London/Massachusetts: The Massachusetts Institute of Technology Press.

²² O debate filosófico sobre o relativismo, remontando na Europa a Sócrates e Protágoras, prossegue e continua a apaixonar filósofos de vários continentes. Nas suas versões contemporâneas europeias e americanas, Ludwig Wittgenstein, Paul Feyerabend, Richard Rorty, Steve Hales e Thomas Kuhn integram o elenco dos seus defensores. Entre os oponentes destacam-se Karl Popper, Paul Boghossian, e Thomas Nagel. Boghossian (2012:109-110) analisa as teses e argumentos em presença e esboça um possível argumento a favor do seguinte modo:

1. Se existem fatos epistémicos absolutos sobre o que justifica o quê, então tem de ser possível chegar a crenças justificadas sobre elas.
2. Não é possível chegar a crenças absolutas sobre que fatos epistémicos absolutos existem.
- Portanto,
3. Não existem fatos epistémicos absolutos. (Não absolutismo epistémico)
4. Se não existem fatos epistémicos absolutos, então o relativismo epistémico é verdadeiro.
- Portanto,
5. O relativismo epistémico é verdadeiro.

Ao longo do livro, Boghossian constrói igualmente hipóteses de argumentação anti-relativista que conclui pela indefensabilidade dos argumentos aduzidos em sua defesa. Cf. Paul Boghossian. (2012). *Medo do Conhecimento. Contra o Relativismo e o Construtivismo*, São Paulo: Editora Senac.

sempre defensável por oposição ao absolutismo epistémico. As críticas que lhe são dirigidas ao relativismo epistémico assentam largamente em razões atinentes à incoerência autorreferencial e à autorefuturação, uma vez que a sua defesa parece implicar o seu contrário (Hales, 2011:201-217). Mas o verdadeiro problema epistemológico para o fundo da questão que nos ocupa reside na necessidade de legitimar o lugar do Direito Consuetudinário no campo da Filosofia do Direito retirando-o do reduto disciplinar que lhe é reservado na Antropologia Jurídica num contexto em que o pluralismo jurídico, não sendo um obstáculo à descoberta da verdade, ao invés, é uma «condição de possibilidade da verdade» (Kaufmann, 2010:444).

III.2. O pluralismo jurídico e a experiência jurídica consuetudinária

À luz do que expendemos nos capítulos anteriores, poder-se-á considerar o ordenamento consuetudinário como ordenamento menor e pré-estadual? Se assim for, que tipo de relações se estabelecem entre o ordenamento estadual e o ordenamento consuetudinário? Serão relações de subordinação, inclusão parcial ou de interseção e conexão por absorção sob a forma de recepção?

Antes de esboçar as respostas, importa definir os pontos de partida. Desde logo, adotamos uma perspetiva tributária das teorias institucionais do direito, pressupondo-se que os ordenamentos apresentam sempre um grau mínimo de organização. De acordo com Bobbio, o ordenamento menor é aquele que permite manter unidos os membros de uma determinada comunidade ou grupo, abrangendo parte da totalidade dos interesses dos seus integrantes. Ora, afirmar que «o direito consuetudinário não se sincroniza já com as nossas sociedades atuais» e que «só nas sociedades pré-modernas»²³ teria lugar, é um argumento que vem sendo posto em causa. O fenómeno da coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos no mesmo território foi durante muito tempo entendido como um problema exclusivo das sociedades coloniais ou de países independentes que tinham sido colónias de potências europeias como aconteceu em Angola e Moçambique. Esta é a perspetiva do chamado pluralismo jurídico clássico. A partir da década de 70 do século XX, passou a colher consenso das comunidades académicas a possibilidade de um

²³ Cf. Castanheira Neves. (2010). *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2º volume, Coimbra: Coimbra Editora, p.35.

pluralismo jurídico nos países industrializados²⁴. Este é o chamado novo pluralismo jurídico. Com efeito, hodiernamente o pluralismo jurídico tem consagração em diversos ordenamentos jurídicos. Mas o seu reconhecimento é tardio devido ao peso hegemónico do monismo jurídico suportado pelas teorias juspositivistas. Tal hegemonia verificava-se nos processos de estabelecimento das fontes do direito e da codificação das normas. Configurava-se assim a negação do pluralismo jurídico em obediência ao juspositivismo. Por outro lado, não é raro encontrar ordenamentos jurídicos com manifestações específicas de reconhecimento do pluralismo jurídico, associando a atribuição ou negação de competência jurisdicional às autoridades comunitárias tradicionais como é o caso de países da América Latina e de África²⁵.

Na verdade, as questões subjacentes aos problemas do exercício da função jurisdicional do Estado permitem concluir que, sob os auspícios do princípio da territorialidade, o âmbito espacial de validade do Direito Consuetudinário configura uma hipótese de territorialidade relativa. Assim, o ordenamento consuetudinário mantém uma coexistência com o ordenamento estadual não sendo relevante o uso de adjetivos para a sua qualificação como manifestação de uma experiência «menor» e «pré-estadual». Quanto ao estatuto pessoal dos membros das comunidades ou das «organizações político-comunitárias tradicionais», admite-se a criação de jurisdições próprias, tendo em atenção o âmbito espacial e temporal das normas dos dois ordenamentos. É um caso de interseção

²⁴ Foi nos domínios da Filosofia, Sociologia e Antropologia que na década de sessenta do século XX se levantaram as questões mais relevantes nesta matéria: T.O. Elias (1956). *The Nature of African Customary Law*, Manchester, Manchester University Press; Max Gluckman. (1965). *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*; Max Gluckman. (1967). *The Judicial Process Among the Barotse*; Max Gluckman. ed. (1969). *Ideas and Procedures in African Customary Law*, London, Oxford University Press). Mas as incursões iniciais remontam às primeiras décadas com as obras de E.Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1913), Santi Romano, *L'Ordenamento Giuridico. Studi sul Concetto, Le Fonti e i Caratteri del Diritto* (1917), Georges Gurvitch, *L'expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit* (1935), Léon Patrzycki, *Law and Morality* (1955), MaxWeber, *On Law in Economy and Society* (1922).

²⁵ Nesta matéria podem ser identificadas duas hipóteses: o Direito Consuetudinário e a existência de uma jurisdição própria, bem como a possibilidade da sua aplicação pelas autoridades tradicionais, dependendo da qualificação e importância dos casos; o Direito Consuetudinário que regula todas matérias, excluindo os delitos de natureza criminal sendo a sua aplicação reservada à jurisdição exclusiva do Estado. Em qualquer um dos casos, evidencia-se uma relativa perda de monopólio do poder jurisdicional estadual. Por isso, justificam-se os debates académicos desencadeados em alguns países africanos em torno da investigação do Direito Consuetudinário, no sentido de determinar a sua materialidade para efeitos de conhecimento e aplicação. A este respeito, colocam-se vários problemas:

- A questão do uso das línguas nacionais, por força do princípio universal da igualdade dos cidadãos perante a Constituição e a lei;
- O dilema da codificação ou manutenção das características originárias orais do Direito Consuetudinário;
- A obrigatoriedade de aplicação do Direito Consuetudinário por parte dos tribunais;
- A atribuição de competências jurisdicionais às autoridades tradicionais e validade jurídica às suas decisões.

e conexão por tolerância sob a forma de reenvio. Com efeito, configura-se aí uma situação que exige do Estado soluções que conduziriam àquilo a que se pode denominar por pluralismo jurídico de índole jurisdicional. Todavia, a problematização do pluralismo jurídico tem vindo a reconduzir-se a uma classificação dicotómica analisada em duas categorias: pluralismo jurídico fraco e pluralismo jurídico forte. O pluralismo jurídico fraco obedece a uma lógica monista centrada no Estado, sendo o reconhecimento um expediente importante para conferir dignidade aos diferentes ordenamentos jurídicos existentes, através de legislação apropriada. Esta concepção não introduz elementos que possam verdadeiramente constituir desafios à problematização filosófica. É com o pluralismo jurídico forte que se levantam questões de interesse jusfilosófico devido ao apelo que faz a uma metodologia interdisciplinar para compreender os novos fenómenos que se impõem ao estudo do direito. À caracterização dicotómica enunciada acresce uma outra cujo fundamento reside no sistema cultural dominante que suporta o modelo matricial das relações estabelecidas entre os ordenamentos jurídicos, no quadro da crise do Estado-nação. Assim temos o pluralismo endógeno em que a coexistência dos ordenamentos jurídicos concorrentes obedece aos princípios fundamentais definidos por um Estado que, respeitando o costume e as práticas tradicionais das comunidades que habitam o território, abandona a tradição centralizadora iluminista. Por sua vez o pluralismo exógeno assenta num modelo de coexistência dos ordenamentos jurídicos em que prevalece a matriz do Estado-nação, atribuindo-se um lugar subalterno ao costume e às práticas tradicionais das comunidades que habitam o território do Estado. Esta categorização defluiu dos debates que, no contexto africano, relevam da Filosofia Política e da Filosofia Moral, opondo comunitaristas e liberais.

Com efeito, os desafios epistemológicos legitimam a centralidade do pluralismo jurídico como problema jusfilosófico em África. As relações jurídico-familiares e o direito sucessório enquanto domínios do direito privado proporcionam imagens da complexidade do pluralismo²⁶. Os regimes jurídicos estabelecidos nos vários ramos do

²⁶ Cf. Amsatou Sow Sidibé. (1991). *Le Pluralisme Juridique en Afrique. L'Exemple du Droit Successoral Sénégalais*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Trata-se de uma tese de doutoramento consagrada ao pluralismo jurídico no Senegal, especialmente no domínio do direito sucessório, Amsatou Sow Sidibé dá um importante contributo ao estudo das opções adotadas pelo Estado no continente africano. Para Amsatou Sow Sidibé o legislador senegalês cometeu o erro crasso de excluir o costume sucessório do ordenamento jurídico-estadual em que coexistem apenas o direito muçulmano e o direito de civil «moderno»: «Pourtant, les arguments sont multiples en faveur de l'introduction expresse des successions coutumières dans le droit positif sénégalais. En effet, le droit doit être adapté à la société pour laquelle il est édicté. Ensuite, il est nécessaire que les Africains songent à conserver leur identité culturelle. Enfin, il aurait fallu rechercher réellement la valeur des successions coutumières avant de les écarter (1991:125). [...] Le système des successions coutumières n'est pas plus compliqué que celui de droit musulman ou de

direito, incluindo o direito internacional, constituem igualmente domínios privilegiados de manifestações do pluralismo jurídico.

III.3. Reconhecimento e constitucionalização do Direito Consuetudinário

É consabido que qualquer tentativa de abordar as normas jurídicas tendo em atenção o direito vigente num determinado ordenamento cai no âmbito da dogmática jurídica. Tal parece ser o caso desta secção, a julgar pelo seu título. Com efeito, a nossa «atitude transistemática» (Kaufmann, 2010:12) modifica o foco desta perceção, pois o que nos move é o estudo de problemas decorrentes da transversalidade do Direito Consuetudinário, tendo em atenção a sua epifania empírica. É um fenómeno que continua a suscitar interesse em diversas tradições jurídicas enquanto fato normativo e fonte do direito, além da sua importância em vários ramos do direito e áreas disciplinares. Assim se explica o recurso a um procedimento que, através de exemplos extraídos das realidades africanas, permite ilustrar a problemática da constitucionalização. Verifica-se a existência de normas constitucionais específicas através das quais se procede ao reconhecimento da validade e eficácia do Direito Consuetudinário, bem como as instituições representativas do poder tradicional. De um modo geral os legisladores constituintes em África sentiram a necessidade de proceder expressamente à sua consagração²⁷. O conjunto de normas constitucionais que tematizam o Direito Consuetudinário tipificam aquilo a que nesse contexto se poderia designar por normas de reconhecimento. Porém, apresentam traços distintivos que permitem classificá-las em duas categorias. A primeira categoria é constituída por normas substantivas ou materiais²⁸. A segunda é constituída por normas processuais. Estas visam garantir a concretização da teleologia consubstanciada pelas normas da primeira categoria²⁹. Na Constituição de Angola, é no capítulo dos princípios

droit moderne d'inspiration occidentale. Le système africain a toujours fonctionné correctement. Pour toutes les raisons exposés, nous pensons que l'éviction des successions coutumières est inopportune. Leur réinsertion dans le droit positif sénégalais s'avère nécessaire», p.129.

²⁷ As Constituições da República de Angola e da República de Moçambique, bem como a legislação ordinária produzida nestes países, são uma expressiva prova da legitimidade de que o pluralismo jurídico goza. Doravante as referências às Constituições de Angola e Moçambique serão feitas com recurso a abreviaturas: CRA e CRM, respetivamente. Ver artigo 4º da CRM: «O Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição»

²⁸ É o caso das disposições dos artigos 7º, 223º, 224º e 225º da CRA.

²⁹ Integram-na os artigos 19º, 21º, 23º, 87º, 213º CRA, bem como o nº 2 do artigo 118º da CRM.

fundamentais que se define o conceito jurídico de costume³⁰. É uma norma da primeira categoria através da qual o legislador constituinte qualifica o costume como fonte de direito. Ao contrário da Constituição de Moçambique, não ocorre qualquer referência ao pluralismo jurídico. E de acordo com a teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio, estamos perante uma fonte do direito indireta e reconhecida (Bobbio, 2011:52). É possível determinar o tipo de relação que se pode estabelecer entre o ordenamento jurídico estadual e o ordenamento jurídico consuetudinário, na medida em que o Estado renuncia à indiferença e ao monopólio da produção jurídico-normativa³¹, reconhecendo as instituições do poder tradicional e a sua legitimidade em produzir um determinado tipo de normas destinadas a regular as relações sociais que se estabelecem nas organizações político-comunitárias. Com efeito, as comunidades tradicionais do ponto de vista antropológico são constituídas por populações detentoras de uma identidade étnica e linguística, vivendo em determinadas parcelas do território com limites geográficos por vezes difusos. Em caso de delimitação de uma jurisdição especial admite-se a existência de pressupostos para competências territoriais e materiais. O conceito jurídico de Autoridades Tradicionais é definido como instituições constituídas por pessoas singulares ou grupos de pessoas suficientemente representativas, revelando um profundo conhecimento da história e da cultura a que assistem o direito de governar a comunidade de acordo com as normas do Direito Consuetudinário³². Paradoxalmente, os legisladores constituintes de Angola e Moçambique determinam que o funcionamento das organizações político-comunitárias, bem como as suas relações com o Estado são

³⁰ Trata-se do artigo 7º CRA. Artigo 4º da CRM.

³¹ Tal é observado já no artigo 223º CRA:

«1. O Estado reconhece o estatuto, o papel e as funções das instituições do poder tradicional constituídas de acordo com o direito consuetudinário e que não contrariam a Constituição».

2. O reconhecimento das instituições do poder tradicional obriga as entidades públicas e privadas a respeitarem, nas suas relações com aquelas instituições, os valores e normas consuetudinários observados no seio das organizações político-comunitárias tradicionais e que não sejam conflituantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana».

³² Ver artigo 224º CRA: «As autoridades tradicionais são entidades que personificam e exercem o poder no seio da respectiva organização político-comunitária tradicional, de acordo com os valores e normas consuetudinárias e no respeito pela Constituição e pela lei».

Ver igualmente artigo 118º da CRM:

«1.O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito consuetudinário.

2.O Estado define o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do país, nos termos da lei».

estabelecidas por leis ordinárias³³. Nesta medida registam-se antinomias que algumas disposições combinadas postulam³⁴, quando o Estado chama a si o poder de regular, por exemplo, a organização das instituições do poder tradicional cujas normas de funcionamento convocam uma secular existência das comunidades tradicionais, sendo que tais normas são veiculadas em línguas nacionais e de acordo com as estratégias da comunicação oral. Apesar do estatuto de «formas organizativas do poder local» que se confere às instituições do poder tradicional, ao abrigo do princípio da equiparação, o Estado não pode por sua iniciativa nomear titulares deste poder ou condicionar o funcionamento destas instituições impondo regras heterónomas. Por força dos efeitos constitutivos do reconhecimento, o Estado deve, ao invés, atuar com as devidas reservas em matérias semelhantes. Estamos de acordo com Carlos Feijó, quando escreve:

Por maioria de razão, entendemos também que será inconstitucional uma lei, ou uma série de leis, que tenha em vista, ou tenha como resultado, a progressiva eliminação das autoridades tradicionais existentes ou, mesmo, a sua redução a umas quantas tarefas menores e residuais.

Só salvaguardando o núcleo essencial da pluralidade de funções conferidas às autoridades tradicionais, de acordo com os usos, costumes e tradições de cada uma delas, se logrará manter e vivificar um sistema verdadeiramente pluralista, na medida em que o pluralismo só existe tal como o configura na realidade, e não como o Estado, através de qualquer cosmética legislativa, desenha ou pretenda redesenhar (Feijó, 2011:425).

Exprimindo-se nestes termos, Carlos Feijó constata um problema. Mas não parece descortinar a sua dimensão substantiva, embora subscreva a ideia segundo a qual a organização das Autoridades Tradicionais é domínio exclusivo do Direito Consuetudinário e não se preste a aplaudir a atribuição de competência à Assembleia Nacional para legislar sobre essa matéria (*Id.*: 446). O que importa, na verdade, é abordar as questões processuais tendo em vista a concretização da teleologia consubstanciada nas normas da primeira categoria, como foi referido. Isto significa que deveremos indagar-nos acerca do seu sentido e alcance. É que elas permitem discernir a dimensão

³³ Cf. Artigo 225º da CRA. Em Moçambique a relação entre as autoridades tradicionais e as autoridades locais é regulada por legislação ordinária (Decreto nº 15/2000, de 20 de junho e Diploma Ministerial nº107-A/2000, de 25 de agosto).

³⁴ O exemplo decorre dos artigos 225º e 231º da CRA.

justiçafilosófica das questões que acabamos de trazer à colação. Estamos a referir-nos aos fundamentos da problematização acerca da autonomia das Instituições do Poder Tradicional. Se as referidas normas processuais são veiculadas em línguas nacionais e de acordo com as estratégias da comunicação oral, a diversidade cultural e o pluralismo jurídico são vetores imprescindíveis para compreender a totalidade dos nexos que se tecem. Fazem apelo à proporção entre os meios e os fins no mundo do direito. O fim último da constitucionalização do Direito Consuetudinário e das Instituições do Poder Tradicional é a justiça. O princípio constitucional da igualdade visa a realização da justiça enquanto fim do direito. Neste sentido, as comunidades locais e as Autoridades Tradicionais não podem ser prejudicadas ou privadas do direito de participar na vida pública por força do uso exclusivo das línguas nacionais e fraca ou nula competência linguística na língua oficial que é o português. Por outro lado, o respeito pela pessoa humana exige que o Estado qualifique como tarefa ou objetivo fundamental³⁵, a promoção do desenvolvimento, a valorização e utilização das línguas autóctones, não podendo a deficiente competência linguística no uso da língua oficial condicionar o acesso à justiça. As soluções encontradas quer em alguns países africanos não parecem preencher plenamente o ideal de justiça. Em Moçambique foi produzida uma lei³⁶ que institui os tribunais comunitários com fundamento na necessidade de «criação de órgãos que permitam aos cidadãos resolver pequenos diferendos no seio da comunidade, contribuam para a harmonização das diversas práticas de justiça e para o enriquecimento das regras, usos e costumes e conduzam à síntese criadora do direito moçambicano». Aos tribunais comunitários são atribuídas competências para «deliberar sobre pequenos conflitos de natureza civil e sobre questões emergentes de relações familiares que resultem de uniões constituídas segundo os usos e costumes, tentando sempre que possível a reconciliação entre as partes». O legislador constituinte de Angola atribui semelhantes competências aos julgados de paz³⁷. Todavia, a dúvida persistirá a respeito da possibilidade de o Direito Consuetudinário ser aplicado pelos tribunais que integram o sistema jurisdicional e por outros órgãos da administração da justiça, independentemente do seu lugar na ordem hierárquica das fontes do direito. Por essa razão ocorre a seguinte pergunta de cuja resposta dependerá a determinação do lugar que deve ser conferido ao Direito

³⁵ Cf. Artigo 21º da e 9º da CRM.

³⁶ Ver Lei nº 4/92, de 6 de maio. José Norberto Carrilho.(2009). *Colectânea de Legislação Constitucional*, Maputo, Centro de Formação Jurídica e Judiciária.

³⁷ Cf. Artigo 197º da CRA.

Consuetudinário no exercício da função jurisdicional do Estado: será a norma do Direito Consuetudinário norma jurídica? Norberto Bobbio elabora uma resposta possível:

Como é sabido, o principal problema de uma teoria do costume é determinar em que ponto uma norma consuetudinária jurídica distingue-se de uma norma consuetudinária não jurídica, ou, em outras palavras, por meio de qual processo uma simples norma de costume torna-se uma norma jurídica. Este problema é insolúvel, talvez porque mal posto. Se é verdade, como procuramos mostrar até aqui, que o que comumente chamamos direito é um fenómeno muito complexo, que tem como ponto de referência um sistema normativo inteiro, é vão procurar o elemento distintivo de um costume jurídico a respeito da regra do costume na norma consuetudinária singular. Dever-se-á responder, preferencialmente, que uma norma consuetudinária torna-se jurídica quando vem a fazer parte de um ordenamento jurídico (Bobbio, 2011:44-45).

Ora, o processo de reconhecimento e constitucionalização do Direito Consuetudinário legitima a necessidade de delimitar os campos e os objetos que caracterizam a teoria das fontes do direito e a teoria dos ordenamentos jurídicos. É que o critério da supremacia da lei na teoria das fontes do direito por analogia não terá semelhante eficácia no âmbito da teoria dos ordenamentos jurídicos. A razão que está na base desta diferenciação reside nas funções que a Constituição cumpre na qualidade de «norma primária sobre a produção jurídica», de um lado, e enquanto norma que coexiste com outras à luz do princípio do pluralismo jurídico, por outro lado. Assim, já não existe vértice da pirâmide dos ordenamentos jurídicos contemporâneos ocupado isoladamente pela Constituição nem sistema das fontes do direito assente em qualquer tipo de monopólio estatal de regulação e normação constitucionalmente consagrado.

III.4. Costume jurídico, tradição e oralidade

Ao proceder à análise do costume jurídico, Norberto Bobbio opera com uma definição genérica descrevendo-a como «fato constitutivo de normas gerais» na medida em que as «normas gerais pressupõem a formação de uma autoridade social, entendida como força de coesão de uma sociedade organizada» (Bobbio, 2010:31). A formação da autoridade social pode ser analisada em duas modalidades: a tradição e a vontade dominante. Norberto Bobbio entende que apesar da sua relação incindível, são

inconfundíveis, apresentando particulares traços distintivos. A tradição é um processo inconsciente e involuntário cuja força provém da sua origem imemorial. Já a vontade dominante emana da esfera de comando de um chefe que em determinado momento decide obedecendo à força da tradição. Refutando as objeções supervenientes relativamente ao facto de o costume ser considerado facto normativo, Bobbio resume os seus argumentos:

Questa obiezione, indubbiamente suggestiva, dimentica che, per quanto il processo della consuetudine risulti dalla successione di singoli atti, l'autorità della tradizione, che è ciò che costituisce il diritto consuetudinario, non deriva dagli atti né dal complesso degli atti voluti ciascuno per se stesso, ma dal fatto, puramente naturale, cioè non voluto ed inconscio, che questi atti sono stati ripetuti per una logica implicita negli atti stessi durante un lungo e imemoriabile periodo di tempo (Bobbio, 2010:32).

Sublinhando o papel da «autoridade da tradição» na constituição do Direito Consuetudinário, uma atenta descrição do costume jurídico enquanto facto que promana da tradição, leva-nos a acrescentar um terceiro traço distintivo, o tipo de comunicação oral subjacente aos atos através dos quais se perpetua a tradição. Estamos a referir-nos à oralidade³⁸ e às estratégias retóricas de conservação, gestão e transmissão do costume de que são guardiões os anciãos, depositários da memória coletiva e autoridades da

³⁸ Cf. Mamoussé Diagne. (2005). *Critique de la Raison Orale*, Paris: Editions Karthala. Para Mamoussé Diagne, à oralidade deve ser conferida a dignidade teórica de conceito operativo, porquanto as civilizações africanas são «civilizações da oralidade» que devem ser « [...] entendues comme celles qui ne recourent pas, ou qui ne font qu'un usage limité et marginal de l'écriture, font appel à des procédures de production, de gestion et de transmission de leurs savoirs, irréductibles à celles que l'on trouve dans les civilisations de l'écriture. Nous avons interprété ce fait global comme ne résultant pas de phénomènes contingents, mais comme découlant de contraintes spécifiques dictées par le contexte oral lui-même » (2005:566). A tese de Mamoussé Diagne consiste em elaborar a «crítica da razão oral» cuja ambição é discernir a possibilidade de formulação de enunciados na relação com as injunções que o contexto pode exercer sobre a forma, a estrutura e o conteúdo do que é transmitido. Trata-se de uma perspectiva filosófica cujo método assenta na investigação das línguas e das tradições orais das comunidades africanas. É a etnofilosofia tem a reflexão filosófica inaugural em 1945 com a publicação de *Philosophie Bantu*, um livro insólito do missionário belga Placide Tempels. Um dos primeiros filósofos que aplicou especialmente o método ao estudo dos problemas filosóficos de um universo cultural e linguístico africano foi Alexis Kagame (1912-1981), um padre rwandês, que publicou dois livros seminais *La Philosophie Bantu Rwandaise de L'être*, tese de doutoramento em filosofia defendida em 1955 e *La Philosophie Bantu Comparée* (1976). Em ambas as obras Kagame segue rigorosamente o modelo aristotélico, ao desenvolver uma teoria das categorias Bantu do ser. Bantu é a designação de uma família de línguas que apresentam um parentesco morfológico, sintático e lexicológico, faladas num espaço territorial do continente africano que se estende do Alto Nilo até à África Austral, do oceano Atlântico ao oceano Índico. Os métodos da etnofilosofia, inicialmente contestados, viriam a ser retomados por vários autores africanos em obras mais recentes, defendendo o recurso às tradições e às línguas autóctones para o desenvolvimento de reflexões filosóficas inovadoras. É o caso dos filósofos ganense Kwasi Wiredu, do senegalês Mamoussé Diagne e do malogrado filósofo queniano Odera Oruka.

tradição³⁹, especialmente nos países em que a pervivência da comunicação oral é efetiva. Os anciãos integram as estruturas do poder tradicional e são por isso entidades representativas incontornáveis das comunidades. Assim, o processo de reconhecimento dos ordenamentos consuetudinários no continente africano tem vindo a traduzir-se num comportamento dos Estados que consiste na devolução e descentralização do poder. Tal ocorre, por exemplo, nas Constituições de Angola e de Moçambique, onde encontramos disposições normativas que consagram esse duplo reconhecimento⁴⁰. Admitimos a hipótese de estarmos em presença de um pluralismo jurídico que é simultaneamente forte e endógeno. Podemos concluir que os Estados têm em conta a história da resiliência das Autoridades Tradicionais e do respetivo ordenamento consuetudinário, recusando a manutenção da indiferença dos poderes coloniais seguida igualmente após as independências políticas. Deste modo os Estados revelam uma propensão para considerar que os valores intrínsecos do poder tradicional e do ordenamento consuetudinário representam uma matriz fundacional. Outro seria o entendimento se não fosse consagrado um pluralismo jurídico forte. Além disso, os Estados assumem um compromisso de levar a cabo uma tarefa gigantesca: a edificação de um Estado multiétnico e plurilingue. Um outro desafio consiste em reconfigurar a descentralização da administração da justiça reconhecendo a função jurisdicional das Autoridades Tradicionais que interpretam e aplicam o Direito Consuetudinário. Para lá da sua legitimidade o exercício de tal função obedece aos parâmetros da retórica e da racionalidade argumentativa oral, constituindo os géneros do discurso oral, tais como as máximas, os provérbios e outras formas paremiológicas, proposições gerais e elementos básicos dessa racionalidade. Com efeito,

³⁹ Pode dizer-se que esses anciãos praticam o que Odera Oruka denomina por «sage philosophy», descrita nos seguintes termos: «Sage philosophy consists of the expressed thoughts of wise men and women in any given community and is a way of thinking and explaining the world that fluctuates between *popular wisdom* (well-known communal maxims, aphorisms and general common sense truths) and *didactic wisdom* (an expounded wisdom and a rational thought of some given individuals within a community). While popular wisdom is often conformist, didactic wisdom is at times critical of the communal set-up and popular wisdom» (1997:61). Cf. Henri Odera Oruka. (1997). «Sage Philosophy», in GRANESS, Anke e KRESSE, Kai (ed.), *Sagacious Reasoning. Henry Odera Oruka im Memoriam*, Frankfurt: Peter Lang, pp.61-67.

⁴⁰ No artigo 118º da CRM, lê-se: «1. O Estado reconhece e valoriza a autoridade tradicional legitimada pelas populações e segundo o direito consuetudinário.

2. O Estado define o relacionamento da autoridade tradicional com as demais instituições e enquadra a sua participação na vida económica, social e cultural do país, nos termos da lei».

Semelhante formulação encontra-se nos artigos 223º da CRA: «1. O Estado reconhece o estatuto, o papel e as funções das instituições do poder tradicional constituídas de acordo com o direito consuetudinário e que não contrariam a Constituição.

2. O reconhecimento das instituições do poder tradicional obriga as entidades públicas e privadas a respeitarem, nas suas relações com aquelas instituições, os valores e normas consuetudinários observados no seio das organizações político-comunitárias tradicionais e que não sejam conflitantes com a Constituição nem com a dignidade da pessoa humana».

a interpretação dos referidos géneros do discurso através dos quais se transmitem os costumes enquanto factos normativos recomendam o recurso às hermenêuticas da codificação e da descodificação que caracterizam os processos de comunicação oral. Por conseguinte, a aplicação do costume jurídico *secundum legem* ou *praeter legem* pelas instâncias do Estado e do poder judicial em especial pressupõe um sólido conhecimento do ordenamento jurídico consuetudinário entendido como instituição na concepção de Santi Romano. Nesta medida, o pluralismo jurídico forte e endógeno implica um pluralismo linguístico tendo em conta o fato de as línguas oficiais de origem europeia coexistirem com as línguas nacionais relativamente às quais os Estados estão vinculados por força de normas constitucionais⁴¹.

À utilização das línguas nacionais associa-se a problemática da codificação⁴² do costume jurídico. Trata-se de um expediente técnico que contrasta com o dinamismo das normas consuetudinárias de tal modo que é unânime a sua desqualificação como meio de garantir o conhecimento e aplicação do Direito Consuetudinário. Alguns autores africanos consideram uma solução alternativa pode ser encontrada na responsabilização dos juízes que na interpretação e aplicação aos casos concretos devem proceder à identificação das normas adaptando as soluções aos litígios (Mukokobya, 2013:77-78). Do nosso ponto de vista, a transformação dos operadores da função jurisdicional em guardiões do Direito Consuetudinário pressupõe a produção de respostas à questão sobre a possibilidade do pluralismo judiciário e a reestruturação dos cursos nas universidades, especialmente nas Faculdades de Direito.

⁴¹ No artigo 9º da CRM, dispõe: «O Estado valoriza as línguas nacionais como património cultural e educacional e promove o seu desenvolvimento e utilização crescente como língua veiculares da nossa identidade». Já na CRA, alínea n) do artigo 21º, uma das tarefas fundamentais do Estado consiste em [...] proteger, valorizar e dignificar as línguas angolanas de origem africana, como património cultural, e promover o seu desenvolvimento, como *língua de identidade nacional e de comunicação*» (itálico nosso).

⁴² A codificação é uma técnica que começou a ser usada pelo Estado moderno no século XIX para esmagar os particularismos jurídicos consuetudinários, evitando a multiplicação e dispersão de fontes do direito pelo espaço territorial. A finalidade máxima era a unificação da legislação e a sua ordenação sistemática, à luz de princípios da racionalidade. À codificação subjazem as teses do positivismo jurídico, na medida em que o ordenamento jurídico caracterizado pela unidade proporcionada pelos códigos é garantia da certeza e segurança, além de esgotar a ideia de Direito nas normas contidas nos Códigos. Foi sacudida por uma crise no século XX, por força do desenvolvimento de legislação especial, evidenciando as fragilidades da axiomatização da lei.

III.5. O problema da interpretação do costume jurídico

A interpretação do costume jurídico comporta alguns dos mais complexos problemas da Filosofia do Direito Consuetudinário. A partir de uma máxima elementar segundo a qual a interpretação exige um intérprete facilmente se percebe o tipo de desafios com que se confrontam aqueles que, com base nos cânones hermenêuticos do direito eminentemente escrito ou condicionalismos de suas tradições filosóficas e jurídicas, assumem a responsabilidade de conduzir tal tarefa em contextos de sistemas jurídicos de que não possuam qualquer preparação⁴³.

A constitucionalização do costume e sua inscrição no sistema das fontes do direito representa um desafio ao paradigma hermenêutico que durante muito tempo dominou a interpretação jurídica e o ensino do direito até à crise do modelo tradicional juspositivista e legalista. Da crise brotaria o problema metodológico em consequência do pluricentrismo das fontes do direito. Nos países de língua portuguesa, António Castanheira Neves é um dos mais estrênuos filósofos do direito que defendem a superação da teoria tradicional da interpretação jurídica, propondo uma nova metodologia que seja a um tempo hermenêutica e normativa⁴⁴. Uma das manifestações dessa crise no universo da *common law* é o debate introduzido por Ronald Dworkin sobre os conceitos de interpretação do direito, definindo a «interpretação construtiva» como imperativo para a transformação do estudo do direito do ponto de vista filosófico, tal como propõe em *Law's Empire*⁴⁵.

Ora, o costume jurídico que mobiliza a nossa atenção – exclui-se aqui o costume jurídico internacional – é um objeto hermenêutico entendido como texto normativo originariamente transmitido através de processos de comunicação oral cuja finalidade é a

⁴³ Refletindo sobre os problemas da interpretação do Direito Consuetudinário nos sistemas da tradição anglo-americana, Frederick Schauer faz uma observação pertinente: «Like any other source of law, customary law presents the question of interpreting, applying, and enforcing the emanations from that source, but interpreting customary law [...] presents issues arguably more complex than those presented when we are considering the interpretation of constitutions, statutes, regulations, treaties, and even the common law». Cf. Frederick Schauer. (2007). «Pitfalls in the interpretation of customary law», in Amanda Perreau-Saussine e James Bernard Murphy (ed.). (2007). *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, pp.13-34.

⁴⁴ Ver António Castanheira Neves. (1993). *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora; António Castanheira Neves. (2010). *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 3 volumes, Coimbra: Coimbra editora; António Castanheira Neves. (2010). *O Atual Problema Metodológico. Da Interpretação Jurídica-I*, Coimbra: Coimbra Editora.

⁴⁵ Ver Ronald Dworkin. (2010). *O Império do Direito*, 2ª edição, tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes.

realização do direito. Com a superação do modelo juspositivista e a institucionalização do pluralismo jurídico forte e endógeno, desenvolveu-se um campo hermenêutico autónomo em que as modernas teorias do costume jurídico internacional ou as teorias do costume no sistema jurídico anglo-americano da «common law» são apenas subsidiárias. O centro do referido campo é ocupado pelo costume jurídico tradicional para cuja interpretação são convocados os contextos históricos, culturais, sociais e políticos, além do recurso a fatores transpositivos e suprapositivos. Apesar de a presente dissertação ser sustentada por uma perspectiva filosófica geral, o fio condutor que nela perpassa lança as suas âncoras nas realidades e experiências jurídicas do mundo não ocidental, especialmente de África. Como temos vindo a demonstrar, é aí onde encontramos os problemas jusfilosóficos de que nos ocupamos. Nesta secção tratamos de um problema derivado do sistema das fontes do direito, o problema hermenêutico que a interpretação do costume jurídico levanta, chamando a atenção para o estudo das virtualidades estratégicas da codificação e da descodificação que suportam a construção das normas consuetudinárias.

Refletindo sobre o problema filosófico da hermenêutica no contexto africano, Okolo Okonda W'oleko considera que a elaboração de qualquer teoria geral, entendida como teoria da interpretação do sentido, vem demonstrar que não existem senão hermenêuticas de tradições particulares, podendo, por conseguinte, ser defensável o potencial exploratório das «hermenêuticas africanas» insuficientemente teorizadas. W'oleko é conduzido a tais conclusões a partir da leitura das hermenêuticas de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur. Por essa razão, formula três proposições constitutivas de uma teoria geral de hermenêuticas africanas:

1. Toute théorie de la lecture suppose une théorie du texte et vice-versa.
2. Toute lecture suppose une quelconque «reprise».
3. Toute lecture et toute reprise se décident à partir d'une vision du monde du sujet de lecture et de reprise (Okonda W'oleko, 1986:42-43).

Para Okolo W'oleko a primeira proposição aponta para a ideia segundo a qual a tradição africana é o texto sobre que incide a leitura, alargando-se o sentido do texto a qualquer encadeamento verbal e a tudo o que se dá a ler, incluindo-se aqui o texto oral. Proceder à leitura da tradição significa recriar a sua cadeia, atualizando-a. Deste modo a relação dialética que se estabelece entre a tradição e a interpretação é que assegura a

incindibilidade da teoria e da prática hermenêutica. Do ponto de vista metodológico, W'oleko extrai uma consequência que aponta para a necessidade de dotar as práticas hermenêuticas de respectivas teorias (*op.cit.*: 44). Para W'oleko os hermeneutas africanos e africanistas não cumprem a sua missão quando se recusam em formular uma teoria, preferindo modelos exógenos.

A segunda proposição significa que o fim último da leitura é sempre a apropriação consistindo esta na atualização do que se lê e interpreta. Por isso, a leitura e a interpretação nunca são inocentes ou neutras, na medida em que a apropriação produz sempre um impacto sobre a leitura em si. De acordo com W'oleko, a atualização pode assumir de vários estatutos epistemológicos dependendo dos processos e postulados que lhes estão subjacentes. Na senda do pensamento de W'oleko pode-se concluir que qualquer hermenêutica especial, por exemplo, a hermenêutica jurídica ou a hermenêutica literária, revelar-se-á aparentemente associada a uma tradição.

A terceira proposição explora a função operatória da visão do mundo e da ideia de destino no processo hermenêutico. Okonda W'oleko define a visão do mundo sublinhando três aspetos. Com o primeiro, entende-se que através dela se dá uma imagem da situação existencial. É o aspeto descritivo. Com o segundo, procede-se à reflexão sobre o que é e o que foi. É o aspeto justificativo. Com o terceiro, desenha-se o futuro de um indivíduo ou de um povo. É o aspeto projetivo. Donde a experiência histórica dos africanos vem postular a assunção de uma situação hermenêutica em que a «validade de uma interpretação» possa estar indissoluvelmente ligada à «validade de uma luta», tendo em conta a «sua justiça» e a «sua justeza». Por essa razão, não poderão os africanos adotar ingenuamente a visão do mundo e a ideia de destino que emana das hermenêuticas europeias, sob pena de negarem a sua tradição e a sua história (*Id.*:45-46). Ainda do ponto de vista metodológico, W'oleko extrai uma outra consequência: a afirmação do primado da práxis sobre a hermenêutica, «entendida como ação que tende à transformação qualitativa da vida (*Ibid.*). As condições de possibilidade de uma hermenêutica jurídica em África podem irromper das tensões dialéticas engendradas pela crise do modelo eurocêntrico da filosofia e da hermenêutica filosófica, por um lado, e a relação que deve ser estabelecida entre a cultura e a filosofia, por outro. Para Theophilus Okere, que analisou igualmente tais problemas na sua tese de doutoramento⁴⁶, os contributos que a Filosofia Africana pode prestar à «revolução hermenêutica da filosofia» residem na

⁴⁶ Cf. Theophilus Okere. (1983). *African Philosophy. A Historico-Hermeneutical Investigation of the Conditions of its Possibility*, Lanham: University Press of America.

«historicidade e no relativismo da verdade». Assim, a hermenêutica deve traduzir-se numa perspetiva que permita equacionar a questão da relação entre a cultura e a filosofia. Trata-se de um problema hermenêutico que faz apelo a métodos e procedimentos adequados. Okere conclui deste modo que a hermenêutica é o fator de mediação entre a cultura e a filosofia (1983:18). Neste sentido, a hermenêutica jusfilosófica será a expressão do cruzamento e do diálogo interdisciplinar entre a filosofia do direito e as formas da hermenêutica da cultura e da tradição.

Admitindo que é do pluralismo judiciário que tratamos, isto é, da aplicação do princípio do pluralismo jurídico pelas instâncias do poder judicial aos casos concretos, revela-se necessário responder à pergunta formulada acerca da aplicação do Direito Consuetudinário por parte de juízes que, operando nos ordenamentos jurídicos pluralistas como os de Angola e de Moçambique, não possuam um sólido conhecimento dos regimes argumentativos da oralidade jurídica nem competência na língua em que é transmitido o costume. A resposta permitirá compreender as regras da racionalidade dos regimes dominantes na «civilização da oralidade» onde os provérbios são proposições gerais que funcionam como elementos de referência em procedimentos de decisão jurídica, política e epistemológica (Nzokou, 2013:7). Por essa razão, os intérpretes do costume jurídico devem conhecer as estratégias e regras da argumentação jurídica proverbial usadas nas culturas orais bantu⁴⁷. O tratamento deste problema exige igualmente uma profunda reflexão sobre o ensino do direito nos países africanos onde geralmente os programas curriculares das Faculdades de Direito reproduzem os modelos das universidades europeias. A alteração deste estado de coisas implica a reestruturação dos cursos, adequando os seus planos de estudos às reais necessidades de formação das novas gerações perante a demanda das situações concretas. Tais ações têm vindo a ser desencadeadas em algumas universidades africanas dando origem a processos de endogeneização curricular e estabelecimento de novas agendas de investigação.

⁴⁷ Para Gildas Nzokou, o uso estratégico do provérbio analisa-se em dois momentos: «Le premier de ces moments est la phase interprétative nécessaire à l'usage pertinent du proverbe, et qui consiste dans l'établissement d'un lien analogique entre l'image générique qu'est le proverbe et la situation d'analyse particulière en instance. Si l'analogie est clairement établie alors il y a dérivation rationnelle d'une conclusion. Le moment pragmatique, quant à lui, concerne la recherche de l'efficacité du discours par la concision, la condensation du sens, l'éveil de l'imaginaire de l'auditoire, la forme elliptique, métaphorique et donc imagée du proverbe qui favorise la rétention mnémonique». Ver Gildas Nzoukou. (2013). *Logique de L'argumentation dans les Traditions Orales Africaines. Proverbes, Connaissance et Inférences Non-Monotoniques*, London: College Publications, p.157.

Pode dizer-se que o problema hermenêutico suscitado pelo costume jurídico em sede do pluralismo judiciário apresenta um largo espectro, pois não sendo já a administração da justiça uma função desempenhada exclusivamente pelo Estado, a discussão das questões associadas à hermenêutica permite determinar as fragilidades do monismo no exercício da atividade jurisdicional, abrindo-se a possibilidade de construção de um sistema em que a competência *rationae materiae* para aplicar o Direito Consuetudinário encontra os seus fundamentos na coexistência e ação concorrente das instâncias do Estado e das Autoridades Tradicionais, no que diz respeito à solução de conflitos e, por conseguinte, à realização do direito e da justiça.

CONCLUSÃO

Ao longo dos três capítulos da presente dissertação procurámos fornecer respostas ao elenco de perguntas que formam o quadro de hipóteses elaborado para a abordagem dos problemas jusfilosóficos identificados. A reflexão realizada obedeceu a um itinerário em cujo centro situámos o Estado e o seu monopólio em matéria de produção do direito perante a existência de outros ordenamentos jurídicos. O que se segue é uma tentativa de extrair conclusões da argumentação tecida, à guisa de andamentos que obedecem à estrutura da concentração temática.

As crises do modelo de Estado-nação à escala mundial confirmam a erosão da soberania e das teorias que a sustentaram nos últimos quatro séculos. O mapa antropológico das configurações políticas atuais já não pode corresponder apenas à reprodução do modelo em cuja estrutura ocorrem cisões com observáveis efeitos na paisagem internacional. Todavia, o modelo evidencia sinais de impotência na prossecução da sua vocação universal. Por isso, já não é o leviatão de Thomas Hobbes com toda a sua parafernália. Do jacobinismo de inspiração francesa nada resta. Dá-se a devolução do poder a instituições infraestaduais. Entram em cena as doutrinas comunitaristas comprovando-se a pertinência do relativismo epistémico na Filosofia Política e na Filosofia do Direito. Onde a superação do paradigma do Estado monista, instância com vocação para o exercício do poder e legitimidade exclusiva de produzir o direito. O que se traduz como um revés quando é reconhecido o pluralismo jurídico. Por essa razão, as teorias da soberania do Estado não se mantêm incólumes. Durante o século XX, o princípio da soberania esgota o seu potencial «constitutivo de um futuro». Para Gérard Mairet, a existência empírica deste princípio nos processos de funcionamento dos Estados ainda hoje não é um prolongamento do seu poder inspirador para orientar o futuro, ao invés, ele subsiste como herança do passado (1997:163). As anacronias da soberania podem ser confirmadas pelas incertezas e contradições que o princípio da territorialidade infunde. Os casos de alteração do traçado das fronteiras do Estado-nação que vieram abalar a integridade territorial e a inobservância da regra do *uti possidetis juris* completam a gramática de uma outra soberania. Com efeito, torna-se possível a formulação de novas teses políticas, tal como faz Jacques Derrida, admitindo que se possa falar de «une autre politique du partage de la souveraineté – à savoir, du partage de

impartageable; autrement dit, la division de l'indivisible⁴⁸». Na verdade, está em causa a partilha da soberania quando se consagra constitucionalmente a divisão da *summa potestas*, até aí detida exclusivamente pelo Estado, entendendo-se assim que a produção do direito não se confunde com a produção da lei. Nesta medida, a perspectiva juspositivista não oferece suficiente e inabalável coerência para explicar o pluralismo jurídico institucionalizado.

Torna-se necessário registar a superação do paradigma dominante num segundo segmento quando a teoria tradicional das fontes do direito é posta em causa, por não corresponder às exigências das novas teorias que pretendem inaugurar a era de um novo princípio da soberania, segundo o qual o Estado partilha parte da sua potência irreduzível com instâncias infraestaduais. Hodiernamente a fenomenologia da soberania partilhada, enquanto expressão de contra-modelos, deixa-se apreender em configurações jurídicas e políticas que emergem em África, na América do Sul, na Ásia e Europa do Leste, ali onde as resistências ao modelo de Estado-nação revelam a sua inanidade, denunciando ao mesmo tempo a sua ineficácia e natureza exógena. Compreende-se deste modo que no século XX a teoria tradicional das fontes do direito tenha sucumbido perante as críticas de que foi sendo alvo. Uma nova concepção do direito tributária das teorias institucionalistas introduz o pluralismo das fontes e dos ordenamentos jurídicos, legitimando-se igualmente a experiência jurídica consuetudinária ao lado da experiência jurídica legislativa e jurisdicional. Por isso, o costume adquire plena cidadania no sistema das fontes do direito culminando tal facto com a constitucionalização do pluralismo jurídico.

A incorporação do pluralismo jurídico na principiologia constitucional dos Estados contemporâneos e os desafios que levanta é o andamento terminal do nosso percurso. Os efeitos produzidos pela constitucionalização do costume jurídico sobre o sistema dominante das fontes do direito, o problema hermenêutico e o exercício da função jurisdicional multiplicam novas zonas de interesse para a Filosofia do Direito. Assim, os critérios de sistematização das fontes do direito, o pluricentrismo legislativo interno, o pluralismo linguístico em matéria de realização do direito e da justiça são filosofemas que se abrem como avenidas novas no dealbar do século XXI.

⁴⁸ Cf. Jacques Derrida. (2007). «Le souverain bien – ou l'Europe en mal de souveraineté», in *Cités* 30, Paris: PUF, pp.103-140.

BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, Giorgio. (2003). *Estado de exceção*, Lisboa: Edições 70.
- ANDRADE, Fábio Sieneneichler de. (1997). *Da codificação. Crónica de um conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- AUSTIN, John. (1874). *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, Jersey City: Robert Campbell.
- AUSTIN, John. (1995). *The province of jurisprudence determined*, Cambridge: Cambridge University Press.
- AVINERI, Shlomo e Avner de-Shalit (ed.) (1992), *Communitarianism and individualism*, Oxford/New York: Oxford University Press.
- BADIE, Bertrand. (1992). *L'État importé. L'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris: Fayard.
- BADIE, Bertrand. (1995). *O fim dos territórios. Ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito*, tradução Maria José Figueiredo, Lisboa: Instituto Piaget.
- BEAUD, Olivier. (1994). *La puissance de L'état*, Paris, Presses Universitaires de France.
- BEDERMAN, David J. (2010). *Custom as a source of law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- BIN, Robeto e PITRUZZELLA. (2012). *Le fonti del diritto*, Torino: G.Giappichelli Editore.
- BOBBIO, Norberto. (1986). *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*, Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- BOBBIO, Norberto. (2000). *Teoria geral da política. A filosofia política e as lições dos clássicos*, tradução Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Editora Campus.
- BOBBIO, Norberto. (2006). *O Positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, tradução Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone editora.
- BOBBIO, Norberto. (2010). *La consuetudine come fatto normativo*, Torino: G.Giappichelli Editore.
- BOBBIO, Norberto. (2011). *Teoria do ordenamento jurídico*, 1ª edição, tradução Ari Marcelo Solon, São Paulo: Edipro.
- BOBBIO, Norberto. (2012). *Teoria da norma jurídica*, 5ª edição, tradução Ariani Bueno Sudati e Fernando Pavan Batista, São Paulo: Edipro.

BODIN, Jean. (2010). *Los seis libros de la república*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, 4ª edición, Madrid: Editorial Tecnos.

BOGHOSSIAN, Paul. (2012). *Medo do Conhecimento. Contra o Relativismo e o Construtivismo*, São Paulo: Editora Senac.

BOTERO, Giovanni. (2009). *La Ragion Di Statto*, Roma, Donzelli Editore.

BUUR, Lars e KYED, Helene Maria.(ed.) (2007). *State Recognition and Democratization in Sub-Saharan Africa. A New Dawn for Traditional Authorities*, New York: Palgrave Macmillan.

CAMPOS, André Santos. (2013). *Glosas Abertas de Filosofia do Direito. Um Tronco Comum para Juristas e Filósofos*, Lisboa: Quid Juris.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (2002), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª edição, Coimbra: Almedina.

CARBONNIER, Jean. (1979). *Sociologia Jurídica*, Coimbra, Almedina.

CARRILHO, José Norberto. (2009). *Coletânea de Legislação Constitucional*, Maputo: Centro de Formação Jurídica e Judiciária.

CASTANHEIRA NEVES, António. (2010). *O Atual Problema Metodológico. Da Interpretação Jurídica-I*, Coimbra: Coimbra Editora.

CICERO, *De Legibus*. (n.d). Consultado em 5 de abril de 2014. <https://archive.org/details/delegibuslibri00cicegoog>.

CHICOADÃO. (2005). *As Origens do Fenómeno Kamutukuleni e o Direito Costumeiro Ancestral Angolense Aplicável*, Lisboa: Instituto Piaget.

CONAC, General, (dir.). (1980). *Dynamiques et Finalités des Droits Africains*, Paris: Economica.

CUNHA, Paulo Ferreira. (2013). *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, Lisboa: Almedina.

CURA, António Vieira A. (1998). «O costume como fonte de direito em Portugal», in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 74, pp.241-272.

DAVID, René. (1990). «Codification», in *Encyclopaedia Universalis*, (Corpus 6), Paris, pp.39-42

DERRIDA, Jacques. (1996), *O Monolinguismo do Outro ou a Prótese de Origem*, Porto: Campo das Letras.

DERRIDA, Jacques. (2007). «Le souverain bien – ou l’Europe en mal de souveraineté», in *Cités 30*, Paris: PUF, pp.103-140.

DIAGNE, Mamoussé. (2005). *Critique de la Raison Orale*, Paris, Éditions Karthala.

- DIAS, Gabriel Nogueira. (2010). *Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na Obra de Hans Kelsen*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- DWORKIN, Ronald. (2010). *O Império do Direito*, 2ª edição, tradução Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes.
- ETOUGHE, Dominique. (2007). *Justice Indigène et Essor du Droit Coutumier au Gabon*, Paris: L'Harmattan.
- ELIAS, T.O. (1956). *The Nature of African Customary Law*, Manchester: Manchester University Press.
- FEIJÓ, Carlos. (2012). *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*, Coimbra: Almedina.
- FUENTE, Oscar Pérez de la. (2005). *Pluralismo Cultural y Derechos de las Minorías*, Madrid: Editorial Dykinson.
- GALY, M. e SANNELLA E. (dir.). (2007). *Les Défis de l'Etat en Afrique*, Paris: L'Harmattan.
- GLUCKMAN, Max (ed). (1969). *Ideas and Procedures in African Customary Law*, London: Oxford University Press.
- GONIDEC, P.-F. (1976). *Les Droits Africains. Évolution et Sources*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- GONIDEC, P.-F. (1985). *L'État Africain. Evolution, Federalisme, Centralisation et Decentralisation*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- GOODIN, Robert E., Pettit, Philip e Pogge, Thomas (ed.). (2012). *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, West Sussex: Wiley-Blackwell.
- GUASTINI, Riccardo. (1993). *Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione*, Milano: Giuffrè Editore.
- GUEDES, Armando Marques e Lopes, Maria José (ed.). (2007). *State and Traditional Law in Angola and Mozambique*, Coimbra: Almedina.
- GYEKYE, Kwame. (1997). *Tradition and Modernity. Philosophical Reflections on the African Experience*, Oxford/New York: Oxford University Press.
- HABERMAS, Jürgen. (2000). *Après l'État-nation. Une Nouvelle Constellation Politique*, Paris: Fayard.
- HALES, Steven D. (ed.), (2011). *A Companion to Relativism*, Malden/Oxford: Blackwell Publishing.
- HALLEN, Barry e SODIPO, J.Olubi. (1986). *Knowledge, Belief and Witchcraft. Analytic Experiments in African Philosophy*. Stanford: Stanford University Press.

HAURIOU, Maurice. (1923). *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris: Librairie de Société du Recueil Sirey.

HART, Herbert L.A. (2011). *O Conceito de Direito*, 6ª edição, tradução A.Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HERMAN, Shael. (1995). «Historique et Destinée de la Codification Américaine», *Revue Internationale de Droit Comparée*, nº3, Juillet - Septembre, Paris.

HERMAT, Guy. (1996). *Histoire des Nations et du Nationalisme en Europe*, Paris: Éditions du Seuil.

HESPANHA, António M. (1997). *Panorama Histórico de Cultura Jurídica Europeia*, Lisboa: Europa – América.

HESPANHA, António M. (2012). *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milénio*, Coimbra: Almedina.

HIGGINS, Tracy, Jeanmarie FERINCH, Paolo GALIZZI (ed.). (2011). *The Future of African Customary Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

HINZ, Manfred O. (ed.). (2006). *The Shade of New Leaves. Governance in Traditional Authority: A Southern African Perspective*, Berlin: Lit Verlag.

HOBBS, Thomas. (2002). *Do Cidadão*, tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes.

HOBBS, Thomas. (2009). *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, 4ª edição, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa Moeda.

HOMEM, António Pedro Barbas. (2008). «Sobre as fontes do direito angolano», in António Menezes Cordeiro e Pedro Pais de Vasconcelos (org.), *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume I, Coimbra: Almedina, pp.319-341.

JIMÉNEZ, Emiliano Borja (coord.). (2006). *Diversidad Cultural: Conflicto y derecho. Nuevos Horizontes del Derecho y de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Latinoamérica*, Valencia: Tirant lo Blanch.

KAUFMANN, Arthur. (2010). *Filosofia do Direito*, 4ª edição, tradução António Ulisses Cortês, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

KELSEN, Hans e CAMPAGNOLO, Umberto. (2002). *Direito Internacional e Estado Soberano*, org. Mario G. Losano, tradução Marcela Varejão, São Paulo: Martins Fontes.

KELSEN, Hans. (1996). *Théorie Générale des Normes*, Paris: Presses Universitaires de France.

KELSEN, Hans. (2008). *Teoria Pura do Direito*, 7ª edição, tradução João Baptista Machado, Coimbra: Almedina.

KELSEN, Hans.(2005). *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 4ª edição, tradução Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes.

KENNY, Anthony. (2011). *Nova História da Filosofia Ocidental. Ascensão da Filosofia Moderna*, vol.3, trad. Célia Teixeira, Lisboa: Gradiva.

KENNY, Anthony. (2011). *Nova História da Filosofia Ocidental. Filosofia no Mundo Moderno*, vol.4, trad. Cristina Carvalho, Lisboa: Gradiva.

KIROS, Teodoros. (ed.). (2001). *Explorations in African Political Thought. Identity, Community, Ethics*, New York/London: Routledge.

KOUSSIGAN, Guy A. (1974), *Quelle est ma Loi? (Tradition et Modernisme dans le Droit Privé de la Famille en Afrique Noire Francophone)*, Paris: Editions A. Pedone.

KYED, Helene Maria, COELHO e João Paulo Borges *et al.* (org). (2012). *A Dinâmica do Pluralismo Jurídico em Moçambique*, Maputo: Centro de Estudos Sociais Aquino de Bragança.

KYMLICKA, Will. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford: Oxford University Press.

LÉVY-BRUHL, Henri. (2000). *Sociologia do Direito*, tradução António de Pádua Danesi, São Paulo: Martins Fontes.

MacCORMICK, Neil. (2010). *H.L.Hart.*, tradução Claudia Santana Martins, Rio de Janeiro: Elsevier Editora.

MACHADO, J.Baptista, 1996, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina.

MACINTYRE, Alasdair. (1987). *Tras la Virtud*, Barcelona: Critica.

MAIRET, Gérard. (1997). *Le Principe de Souveraineté. Histoires et Fondements du Pouvoir Moderne*, Paris: Gallimard.

MALLOL, Vicente Cabedo. (2012). *Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas*, Barcelona: Icaria Editorial.

MAMDANI, Mahmood. (1996). *Citizen and Subject. Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, New Jersey: Princeton University Press.

MAQUIAVEL, Nicolau. (2008). *O Príncipe*, tradução, introdução e notas de Diogo Pires Aurélio, Lisboa: Circulo de Leitores/Temas e Debates.

MARQUES, Mário Reis. (2003). *Codificação e Paradigmas da Modernidade*, Coimbra: Gráfica de Coimbra.

- MARTINEZ, Soares. (1995). *Filosofia do Direito*, Coimbra: Livraria Almedina.
- MASOLO, D.A. (2010). *Self and Community in a Changing World*, Bloomington /Indianapolis: Indiana University Press.
- MATTEI, Roberto de. (2002). *A Soberania Necessária. Reflexões sobre a Crise do Estado Moderno*, tradução António Carlos Azeredo, Porto: Livraria Civilização Editora.
- MÉNY, Yves. (1993). *Les Politiques du Mimétisme Institutionnel. Le Greffe et le Rejet*, Paris: L'Harmattan.
- MICHALON, Thierry. (1984). *Quel État pour l'Afrique*, Paris: L'Harmattan.
- Ministério da Administração do Território (org.). (2004). *I Encontro Nacional sobre a Autoridade Tradicional em Angola*, Luanda: Nzila.
- MONCADA, Luís Cabral. (2006). *Filosofia do Direito e do Estado*, Volume I e Volume II, Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, António Pinto. (1992). «La Codification en Europe: Le Code Civil Portugais», *Boletim de Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXVIII, Coimbra, pp. 1-16.
- MUKOKOBYA, Richard Mulendevu. (2013). *Pluralisme Juridique et Règlement des Conflits Fonciers en République Démocratique du Congo*, Paris: L'Harmattan.
- MURPHY, James Bernard. (2014). *The Philosophy of Customary Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MURUNGI, John. (2013). *An Introduction to African Legal Philosophy*, Lanham/Plymouth: Lexington Books.
- NADER, Laura. (2002). *The Life of the Law. Anthropological Projects*, California/London: University of California Press.
- NEVES, António Castanheira. (1993). *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora.
- NEVES, António Castanheira. (2010). *Digesta. Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 3 volumes, Coimbra: Coimbra editora.
- NZOKOU, Gildas. (2013). *Logique de L'argumentation dans les Traditions Orales Africaines. Proverbes, Connaissance et Inférences Non-Monotoniques*, London: College Publications.
- OKERE, Theophilus African Philosophy. (1983). *A Historico-Hermeneutical Investigation of the Conditions of its Possibility*, Lanham: University Press of America.

ONAZI, Oche. (2014). *African Legal Theory and Contemporary Problems. Critical Essays*, Heidelberg/New York/London: Springer.

ORUKA, Henri Odera. (1997). «Sage Philosophy», in GRANESS, Anke e KRESSE, Kai (ed.), *Sagacious Reasoning. Henry Odera Oruka im Memoriam*, Frankfurt: Peter Lang, pp.61-67.

PATTERSON, Dennis (ed.). (1999), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden/Oxford/Victoria: Blackwell Publishing.

PERREAU-SAUSSINE, Amanda e MURPHY, James Bernard (ed.). (2007). *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.

PERROT, Claude-Hélène e FAUVELLE-AYMAR, François-Xavier. (2003). *Le Retour des Rois. Les Autorités Traditionnelles et l'État en Afrique Contemporaine*, Paris: Karthala.

PETIT, Jean-François. (2007). *Individualismes et Communautarismes. Quels horizons aux États-Unis et en France*, Paris: Bayard.

POSNER, Richard A. (2007). *Problemas de Filosofia do Direito*, 1ª edição, tradução Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes.

PUCHTA, Georg F. (2004). «Encyclopédie», in Olivier Juanjan (org.). *L'esprit de l'École Historique du Droit*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, pp.33-74.

QUINE, Williard W.O. (2013). *Word & Object*, London/Massachusetts: The Massachusetts Institute of Technology Press.

RAWLS, John. (2001). *Uma Teoria da Justiça*, tradução Carlos Pinto Correia, Lisboa: Presença.

RAWLS, John. (2012). *Conferências sobre a História da Filosofia Política*, trad. Fábio M. Said, São Paulo: Martins Fontes.

REALE, Miguel. (2000). *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo: Editora Saraiva.

REDINHA, Pedro. (1987). «Sobre o Direito e a Justiça Tradicionais em Angola», MUNTU, *Revue Scientifique et Culturelle da CICIBA*, pp. 179-193.

REGLA, Josep Aguiló. (2012). *Teoría General de las Fuentes del Derecho (y el Orden Jurídico)*, Barcelona: Editorial Planeta.

RIBEIRO, Manuel de Almeida e SALDANHA, António Vasconcelos de.(ed.). (2003). *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.

- RODRIGUES, Sandra Martinho. (2005). *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin. Uma abordagem*, Coimbra: Almedina.
- ROMANO, Santi. (1917). *L'Ordinamento Giuridico. Studi sul Concetto, le Fonti e i Caratteri del Diritto*, Pisa: Tipografia Cav.Mariotti.
- ROSAS, João Cardoso. (2012). *Futuro Indefinido. Ensaio de Filosofia Política*, V.N. Famalicão: Edições Húmus.
- ROSAS, João Cardoso. (org.). (2013). *Manual de Filosofia Política*, Coimbra: Almedina.
- ROULAND, Norbert. (2008). *Nos Confins do Direito*, tradução Maria Ermantina de Almeida Pedro Galvão, São Paulo: Martins Fontes.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. (2012). *O Contrato Social*, tradução de Manuel João Pires, Lisboa: Círculo de Leitores/Temas e Debates.
- RUIZ, Francisco Lopes. (1997). *Fuentes del Derecho y Ordenamientos Jurídicos*, Valencia:Tirant lo Blanch, p.155
- RUSSELL, Bertrand. (2001). *Os Problemas Filosóficos*, tradução António Sérgio, Coimbra: Almedina.
- RYCKMANS, Andre e BAKWA, C.Mwelanzambi. (1992). *Droit Coutumier Africain. Proverbes Judiciaires Kongo (Zaire)*, Paris: L'Harmattan.
- SANDEL, Michael J. (2005). *O Liberalismo e os Limites da Justiça*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- SANTOS, Boaventura de Sousa e VAN-DÚNEM, José Octávio Serra (org.). (2012). *Sociedade e Estado em Construção: Desafios do Direito e da Democracia em Angola. Luanda e justiça: Pluralismo Jurídico numa Sociedade em Transformação*, volume I, Coimbra: Almedina.
- SAVIGNY, Friederich Carl Von. (2006). *De la Vocation de Notre Temps pour la Législation et la Science du Droit*, Paris: Presses Universitaires de France.
- SCHMITT, Carl. (1988). *Théologie Politique*, Paris: Éditions Gallimard.
- SCHMITZ, Julia. (2013). *La Théorie de L'Institution du Doyen Maurice Hauriou*, Paris: L'Harmattan.
- SEREQUEBERHAN, Tsenay. (1994). *The Hermeneutics of African Philosophy. Horizon and Discourse*, New York/London: Routledge.
- SERRA, Carlos Manuel. (2014). *Estado, Pluralismo Jurídico e Recursos Naturais. Avanços e Recuos na Construção do Direito Moçambicano*, Lisboa: Escolar Editora.
- SHELEFF, Leon. (2009). *The Future of Tradition. Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*, London/ New York: Routledge.

- SIDIBÉ, Amsatou Sow. (1991). *Le Pluralisme Juridique en Afrique. L'Exemple du Droit Successoral Sénégalais*, Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- SIEYÈS, Emmanuel. (2009). *O que é o Terceiro Estado?*, tradução de Teresa Meneses, Lisboa: Círculo de Leitores/Temas e Debates.
- STRAUSS, Leo. (1988). *What is Political Philosophy*, Chicago/London: The University of Chicago Press.
- STRAUSS, Leo. (2009). *Direito Natural e História*, tradução Miguel Morgado, Lisboa: Edições 70.
- TAYLOR, Charles. (1994). *Multiculturalismo. Examinando a Política do Reconhecimento*, Lisboa: Instituto Piaget.
- TCHIVOUNDA, Guillaume Pambou. (1982). *Essai sur L'État Africain Postcolonial*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- TÖNNIES, Ferdinand. (2010). *Communauté et Société. Catégories Fondamentales de la Sociologie Pure*, Paris: Presses Universitaires de France.
- TROPER, Michel. (1994). *Pour une Théorie Juridique de l'État*, Paris: PUF.
- TROPER, Michel. (2013). *La Philosophie du Droit*, Paris: PUF.
- TSHIYEMBE, Mwayila. (2001). *Etat Multinational et Démocratie Africaine. Sociologie de Renaissance Politique*, Paris: L'Harmattan.
- TUNC, André. (1990). «Code Napoleon», in *Encyclopaedia Universalis*, (Corpus 6), Paris, pp.37-39.
- TZITZIS, Stamatios. (2011). *Introduction à la Philosophie du Droit*, Paris: Vuibert.
- VARELA, Antunes. (1966). «Comunicação sobre o Projecto de Código Civil» in *Boletim do Ministério da Justiça* nº156, maio 1966, pp.8-50;
- VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. (2012). *Curso de Direito Romano*, Volume I, Cascais: Principia.
- VILLEY, Michel. (2001). *Philosophie du Droit. Définitions et Fins du Droit. Les Moyens du Droit*, Paris: Dalloz.
- W'OLEKO, Okolo Okonda. (1986), *Pour une Philosophie de la Culture et du Développement. Recherches d'Hermeneutique et de Praxis Africaines*, Kinshasa: Presses Universitaires du Zaïre.
- WALZER, Michael. (1999). *As Esferas da Justiça. Em Defesa do Pluralismo e da Igualdade*, tradução Nuno Valadas, Lisboa: Presença.
- WEIL, Éric. (1996). *Logique de la Philosophie*, Paris: Librairie Philosophique J.Vrin.
- WEIL, Éric. (1996). *Philosophie Politique*, Paris: Librairie Philosophique J.Vrin.

- WIEACKER, Franz. (1993). *História do Direito Privado Moderno*, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- WIREDU, Kwasi. (1980). *Philosophy and An African Culture*, New York: Cambridge University Press.
- WIREDU, Kwasi. (1996). *Cultural Universals and Particulars. An African Perspective*, Bloomington /Indianapolis: Indiana University Press.
- WIREDU, Kwasi. (ed.). (2004). *A Companion to African Philosophy*, Malden/ Oxford/ Victoria: Blackwell Publishing.
- YANKAH, Kwesi. (2012). *The Proverb in the Context of Akan Rhetoric*, New York: Diasporic Africa Press.
- ZIPPELIUS, Reinhold. (1997). *Teoria Geral do Estado*, tradução Karin Praefke-Aires Coutinho, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.